



REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

**Memorias
XII Encuentro
de la Jurisdicción
Contencioso Administrativa**



Libertad y Orden

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA**

**Memorias
XII Encuentro
de la Jurisdicción
Contencioso Administrativa**

**Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"**

**Tribunal Administrativo
del Cesar**

Copyright

© Consejo Superior de la Judicatura

Publicado por

Imprenta Nacional de Colombia

República de Colombia

Rama Judicial

Consejo Superior de la Judicatura

ISBN 978-958-8331-20-1

Bogotá, D. C., marzo de 2008

CONTENIDO

COMITÉ ORGANIZADOR	7
PRÓLOGOS	9
PRIMERA PARTE: ACTOS PROTOCOLARIOS	15
DISCURSO DE BIENVENIDA AL XII ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	17
DISCURSO EN EL ACTO DE INSTALACIÓN DEL XII ENCUENTRO NACIONAL DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	21
DISCURSO CLAUSURA ENCUENTRO.....	29
SEGUNDA PARTE: PONENCIAS.....	35
LA NECESIDAD DE UNA REFORMA AL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO...	37
ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN POPULAR	59
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS - CORTE IDH.....	97
CONCILIACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA	129
ANOTACIONES SOBRE EL SISTEMA ELECTORAL COLOMBIANO Y LA REFORMA POLÍTICA	149
ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA	175
TERCERA PARTE: CONCLUSIONES DE LOS TALLERES.....	203
DESCONGESTIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- PUESTA EN MARCHA DE LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS	205

ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN POPULAR	227
INFORME TALLER PRECEDENTE JUDICIAL	233
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	237
XII ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	239

COMITÉ ORGANIZADOR

XII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Consejo de Estado

Doctor Ramiro Saavedra Becerra
Presidente

Doctor Jesús María Lemos Bustamante
Vicepresidente - Director del Encuentro

Doctora Mercedes Tovar de Herrán
Secretaria General

Doctores Luis Manuel Lasso Lozano, Magistrado Auxiliar
Bertha Lucía Ramírez de Páez, Magistrada Auxiliar
Jazmín Bustos Cardozo
Asistentes Director del Encuentro

Doctores
Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Magistrado Tribunal
Contencioso Administrativo de Antioquia
Carlos Arturo Jaramillo, Presidente Tribunal Contencioso
Administrativo de Risaralda
Coordinadores de Talleres

Consejo Superior de la Judicatura

Doctor José Alfredo Escobar Araújo
Presidente

Doctor Eduardo Campo Soto
Vicepresidente

Sala Administrativa

Doctor Francisco Escobar Henríquez
Presidente

Doctor Jesael Antonio Giraldo Castaño
Vicepresidente

Doctora Lucía Arbeláez de Tobón

Doctor José Alfredo Escobar Araújo

Doctor Carlos Enrique Marín Vélez

Doctor Hernando Torres Corredor

Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

Doctora Gladys Virginia Guevara Puentes
Directora

Doctora Ángela Bonilla Giraldo
Coordinadora del Encuentro

Tribunal Administrativo del Cesar

Doctora Liliana Orozco Daza
Presidenta

Doctor Carlos Alfonso Guecha Medina

Doctor Olga Mélida Ovalle de la Hoz

Doctor Óscar Wilches donado

Magistrados

PRÓLOGOS



os convoca el XII Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en esta ocasión en el Valle de Upar en el Departamento del Cesar, tierra de leyenda y de ensoñación.

Abordaremos aspectos relacionados con los retos presentes y futuros de la jurisdicción, en particular, la reciente puesta en funcionamiento de los juzgados administrativos, asunto trascendental para la justicia y el país; las tesis jurisprudenciales más relevantes expuestas en el último tiempo; el alcance del precedente judicial; y la manera cómo jurisdicciones de otros países han enfrentado conflictos similares a los nuestros.

Será propicia la ocasión para promover y estrechar los lazos de compañerismo entre quienes desde lugares distintos y distantes en esta tierra colombiana trabajamos por una administración de justicia eficaz, respetuosa de los derechos y garante de la paz.

De antemano agradezco a las autoridades y a todas las personas que han contribuido a la organización del evento, en especial al Departamento del Cesar, al Municipio de Valledupar, al Tribunal Administrativo del Cesar, al Consejo Superior de la Judicatura y a la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, en el convencimiento de que sus esfuerzos no serán vanos.

La participación activa de los asistentes al Encuentro constituye uno de los motivos principales para su realización y será fundamental en el logro de los objetivos.

Desde ahora deseo a todos una estadía grata y provechosa, que renueve nuestro compromiso con la Justicia y con la vigencia del Estado Social de Derecho.

Jesús María Lemos Bustamante
Vicepresidente del Consejo de Estado
Director del Encuentro



Muy grato resulta para el Consejo Superior de la Judicatura acompañar a la jurisdicción contenciosa en este XII encuentro, escenario no solo de reflexión sobre los interesantes temas propuestos a debate, sino espacio para el fortalecimiento de los lazos humanos y profesionales.

El compartir la información y actualización acerca de novedosas normas y jurisprudencias trascendentales, constituye una necesidad y motivo primordial para patrocinar y estimular foros de esta calidad, buscando como resultado el crecimiento integral de quienes deben administrar justicia.

El anterior propósito, es más oportuno ahora que en otras ocasiones, dada la puesta en funcionamiento de los juzgados administrativos.

Las memorias de los diferentes paneles resultarán en consecuencia, de mayor interés tanto para los usuarios del servicio como para los nuevos servidores judiciales.

Estamos seguros de que la finalidad propuesta se alcanzará.

Francisco Escobar Henríquez
Presidente Sala Administrativa
Consejo Superior de la Judicatura

*"A quien se le canta aquí
A quién se le dan las gracias,
A los que vienen de afuera,
O a los dueños de la casa"
(Pilón)*



alledupar, la capital de la otrora provincia del Norte, que, junto con la provincia de Padilla constitúan el mayor baluarte del Magdalena Grande, hoy capital del Departamento del Cesar, se viste de gala para recibir a tan ilustres visitantes.

El Consejo de Estado en su generosidad aceptó que el Tribunal Administrativo del Cesar, se convirtiera este año en el anfitrión del tradicional encuentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, honor que nos permite brindar a nuestros visitantes la visión majestuosa de la Sierra Nevada, el olor del cañaguate florecido y el arrullo mañanero de las aguas del río Guatapurí y de esa manera, seguir estrechando los lazos de unión que caracterizan a todos los que pertenecemos a la familia Contenciosa Administrativa.

El momento coyuntural de la jurisdicción, enriquecida con la presencia de los Juzgados Administrativos, crea, ahora sí, la verdadera Jurisdicción Administrativa, amerita el engrandecimiento permanente del conocimiento, y el mejor escenario es este encuentro, que nos permite dentro de un ambiente de alegría y calor de trópico, solazarnos en esa fusión de academia y esparcimiento.

En nombre de mis compañeros y en el mío propio, les presentamos una cordial bienvenida a la ciudad de los Santos Reyes de Valledupar y deseamos con la fuerza del corazón que disfruten la tierra de "Francisco el Hombre" y sus leyendas de ensueño.

Liliana Orozco Daza
Presidenta
Tribunal Administrativo del Cesar

Primera Parte:

Actos protocolarios

PALABRAS DE BIENVENIDA AL XII ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Gobernador *Hernando Molina Araújo*
Departamento del Cesar

Estimados amigos:



ara la comunidad cesareña en general y para la Administración Departamental, en especial, es motivo de orgullo ser los anfitriones del DECIMOSEGUNDO ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Por ello, queremos hacer extensivo a todos los presentes nuestro más cordial saludo de bienvenida a esta tierra de ensueño y llena de sinceridad hospitalidad.

Entrando en materia y sin el ánimo de posar de erudito sobre las complejidades del derecho administrativo, quiero compartir con ustedes unas breves reflexiones desde mi experiencia como servidor público y, en particular, como primer mandatario de este departamento.

Sin lugar a dudas, el derecho administrativo es el derecho del poder por autonomía. En efecto, desde sus orígenes más remotos, el derecho administrativo presenta la doble característica de ser simultáneamente un instrumento del Poder Público y un regulador de su ejercicio. Su evolución histórica ha estado ligada estrechamente a la

evolución de aquellas personas o instituciones que han detentado el poder político, llámense monarcas absolutas o representantes de elección democrática.

En este sentido, es válido observar que en el núcleo del derecho administrativo existe una tensión entre dos fuerzas aparentemente opuestas: por un lado, el derecho administrativo como instrumento de poder que establece un entramado de privilegios a favor del Estado y de sus representantes, privilegios y facultades que son necesarias e indispensables para la consecución de los fines estatales; y por otro, el derecho administrativo como mecanismo de control a ese mismo poder, con el fin de evitar el abuso de poder y los desmanes del poder por parte de las personas investidas de autoridad pública.

Siguiendo esta línea de pensamiento, podemos afirmar también que es precisamente en este último sentido (esto es, el derecho administrativo como sistema de control al poder público), en donde se ve reflejada el verdadero carácter de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ciertamente, esta jurisdicción surge históricamente como herramienta de control a los actos del Príncipe, quien ya no ostenta un poder absoluto sino un poder controlado en donde sus actos y decisiones están sujetos a la revisión de las Cortes. Es quizás en este momento histórico cuando podemos empezar a hablar con firmeza de un verdadero Estado de Derecho, no antes.

Así las cosas, puede afirmarse que la jurisdicción contenciosa administrativa es en el fondo un espejo de la administración pública en la medida en que la buena o mala actuación de esta última, la sujeción o no de la administración al ordenamiento jurídico, se verá reflejada necesariamente en las decisiones judiciales en las cuales se enjuicie la actuación del Estado. De ahí la responsabilidad compartida que existe entre nosotros los administradores de lo público y ustedes los jueces encargados de juzgar nuestros actos y hablo de responsabilidad compartida porque aunque pertenecemos a distintas Ramas del Poder Público (Ejecutivo y Judicial) no podemos perder de vista que somos eso, es decir, ramas de un mismo árbol frondoso e inmenso llamado Estado. Y siguiendo el símil botánico, si se me permite, no es posible que el Estado como un todo goce de

buena salud cuando sus distintas partes no funcionan armónica y coherentemente como lo ordena la Constitución en su artículo 116.

De otra parte, quiero llamar su atención sobre el hecho de que con la creación de estos jueces administrativos, por primera vez en la historia de nuestro derecho administrativo se ha roto el principio de la decisión colegiada en materia de la jurisdicción contenciosa administrativa. En efecto, ante de la creación de los jueces, la Administración Pública tenía el privilegio, si puede llamarse así, de que las decisiones judiciales sobre los actos sometidos a control jurisdiccional eran tomadas por órganos colegiados, esto es, por los tribunales administrativos en primera instancia y por el Consejo de Estado como máximo órgano de esta jurisdicción. Tremenda responsabilidad la que tienen por delante los jueces administrativos al actuar como órganos judiciales unitarios con la función de controlar los actos de la Administración y dirimir los conflictos entre esta y los particulares. De ahí, la importancia de que a estos cargos lleguen los colombianos más capacitados, los más probos y los dotados con la mayor experiencia en los asuntos públicos.

De la buena marcha y la buena gestión de estos Juzgados Administrativos, primer eslabón de la jurisdicción contenciosa administrativa, dependerá, en buena medida, la evolución de la Administración Pública. Aunque talvez fueron creados con la importante misión de descongestionar la jurisdicción administrativa, es indudable que sus funciones se extenderán más allá de este loable propósito. Un paréntesis aquí. Para ver lo dramático de la actual situación de descongestión de la justicia administrativa quiero traer a colación lo siguiente: según datos de la Corporación Excelencia en la Justicia, si el Consejo de Estado no recibiera un solo proceso más y se dedicara únicamente a resolver los que ya entraron para su estudio, a esa corporación le tomaría más de quince (15) años terminar dicha tarea. Con razón afirma un pensador que la justicia tardía es tan mala que la no justicia, porque las dos son formas de denegación de justicia.

Para concluir los invito a todos a mirar con ojos reflexivos y mentes abiertas hacia el futuro del derecho administrativo colombiano, dado que dicho debate –que se inicia en este encuentro– es en el fondo, el debate sobre la clase de Poder Público que queremos los

colombianos, sobre si queremos darle primacía a un poder público dotado de privilegios y ventajas con poco control o, por el contrario, un poder público sujeto a un estricto y riguroso control con poco campo de acción. Lograr la armonía entre estas dos fuerzas en permanente tensión es tarea de titanes que es la diaria.

DISCURSO EN EL ACTO DE INSTALACIÓN DEL XIII ENCUENTRO NACIONAL DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Ciro Arturo Pupo Castro
Alcalde Municipal de Valledupar,

Me cabe el gran honor, de dirigirme a ustedes, respetables y respetados miembros de las Altas Cortes de nuestra República de Colombia, así como a los demás ilustres visitantes, diciéndoles en primera instancia, que nuestra ciudad de los Santos Reyes de Valledupar, hoy se engalana con la presencia de ustedes que son la dignidad y cima jurídica de la Nación.

Reciban el más sincero y fraternal abrazo del país vallenato, de la administración que me honro presidir, de mi esposa Obeida y en el mío propio y, decirles a la vez, que sentimos profunda satisfacción al saber que están con nosotros para cumplir con una cita que hemos denominado acertadamente, **XII Encuentro Nacional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**.

Valga repetir, que están ustedes en Valledupar la ciudad de las puertas abiertas, la ciudad educativa, de gente afable, que hacemos gala de una proverbial hospitalidad y donosura, pero también, han llegado al consabido centro folclórico cultural de la música vallenata.

Llegan a este propicio escenario hoy 13 de septiembre a desarrollar este evento de capacitación o ejercicio académico jurídico, en el área de lo contencioso administrativo, a tratar entre otros temas de trascendencia: **Las reformas de jurisdicción contenciosa; implementación y funcionamiento de los juzgados**

administrativos; aspectos procésales de la acción popular; conciliación en materia tributaria y en lo relacionado con los derechos humanos así como la incidencia de las decisiones de la Corte Interamericana frente a los procesos de reparación directa.

También, nos vamos a permitir con mucho agrado escuchar, conferencias sobre la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa de España, con énfasis, en las medidas para solucionar la mora y la congestión así como la disertación sobre la organización y funcionamiento de lo contencioso administrativo en nuestro hermano y vecino país de Venezuela, a cargo del doctor Carlos Luis Carrillo Artiles profesor de la Universidad Central de ese país.

Sepan entonces, los estudiosos del derecho, que vamos a estar frente a personalidades y autoridades de la jurisdicción, que nos traen la suficiente credibilidad como para que sea una experiencia que abundó en grandes y profusos conocimientos del derecho y, sobre todo, que hoy por hoy, lo que nos da poder, es el ser poseedor del conocimiento y la información, como condición sine qua non para la tan propalada competitividad.

Así las cosas, vale la pena en estos momentos, traer a colación el pensamiento de un hombre muy mencionado por estos días aquí en Colombia, como quiera que fue un paradigma para imitar hoy y mañana, se trata del extinto e ilustre ex presidente Alberto Lleras Camargo, cuando decía: "En un país mal informado no hay opinión hay pasión".

Señores Magistrados de las altas cortes, señor Procurador, honorables Magistrados de los diferentes tribunales de Colombia, jueces e Invitados Especiales, estar ustedes aquí, para nosotros es darnos gobernabilidad, en el entendido, que esta la da el hecho de llegar a compartir con la gente, especialmente personas de la trascendencia de ustedes.

Con este motivo y por sus merecimientos, nos vamos a permitir condecorar y entregar las llaves de la ciudad, a hombres que hoy presiden con lujo de conocimientos y formación jurídica las Altas Cortes, se trata, de los doctores José Alfredo Escobar Araújo, Presidente del Consejo de la Judicatura; Ramiro Saavedra

Becerra, presidente del Consejo de Estado; Yesid Ramírez Bastidas, presidente de la Corte Suprema de Justicia y Rodrigo Escobar Gil, Vicepresidente de la Corte Constitucional.

A los señores magistrados, debemos expresarles que esta condecoración no la reciban como un galardón, sino como un estímulo para que sigan sirviéndole a la patria y a los colombianos, con la misma dignidad y pulcritud que lo han hecho siempre, sinceros de servir honestamente a su pueblo.

Sigan trabajando así, ya que la vida hay que gastarla al servicio de los demás, sigan como guardianes de las leyes y de la Constitución y sigan emulando el pensamiento del hombre de las leyes de nuestra patria, Francisco de Paula Santander cuando decía: “Si las armas os han dado independencia las leyes os darán libertad”.

Ustedes, son los que salvan el honor del derecho, ustedes son los que definen los conflictos jurídicos desde una posición de imparcialidad y solo de acuerdo con la ley y la Constitución.

Bienvenida nuevamente la prestancia judicial de Colombia.

MUCHAS GRACIAS

DISCURSO DE BIENVENIDA

Presidenta *Liliana Orozco Daza*
Tribunal Administrativo del Cesar

 ea lo primero dar gracias a DIOS, por permitirme estar hoy aquí como presidenta del Tribunal Administrativo del Cesar para darles a todos la más cordial bienvenida a esta ciudad de los Santos Reyes de Valledupar.

La majestuosidad de este recinto erigido en nombre de:

Rafael Carrillo Lúquez, el ilustre pensador y filósofo cesarense, pionero de la filosofía moderna en Colombia, nacido en Atánquez, el pueblo ancestral de nuestros hermanos mayores: los KANKUAMOS, se ve hoy engalanado con la presencia de toda la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Colombia.

“La grandeza del hombre no radica en ser grande sino en ser útil”; su frase más conocida, puede aplicarse a este maravilloso encuentro de juristas, porque nada ha sido tan útil para nosotros como estas citas anuales que nos han permitido enriquecer el conocimiento y estrechar lazos de amistad entre todos los que conformamos la jurisdicción, al punto de considerarnos una verdadera familia.

Hace un año en SAN ANDRÉS, cuando brindamos a Valledupar como sede para la realización del encuentro, no nos imaginamos cuánto entusiasmo se iba a generar; estamos orgullosos de haber logrado reunir hoy aquí a la jurisdicción en pleno, y por lo tanto, ponemos a sus pies al PAÍS VALLENATO.

Es que: MARÍA CONCEPCIÓN LOPERENA, la realista indomable, cuando contribuyó con Bolívar en la gesta libertadora

no se equivocó, ella ya presentía que en estos remotos lugares se acunaba una casta de gente incansable, luchadora, honesta y trabajadora, dispuesta a conseguir en el contexto nacional todo el reconocimiento, para poder demostrarle a COLOMBIA que, junto con nuestro GRANDIOSO FOLCLOR, hay en el Cesar muchas más cosas para destacar.

VALLEDUPAR, su capital, es señorial, es cálida, es apacible y su frondosa vegetación invita al reposo, al poema, al verso suave, eso les brindaremos.

Sus demás poblaciones, cómo no enumerarlas, sus nombre evocan una fusión de sangre que recuerda permanentemente el embrujo de los ancestros y los logros de la conquista: Robles o La Paz, Manaure, San Diego, Codazzi, Becerril, y el Pastoril Pueblo Bello enclavado en las estribaciones de la Sierra Nevada, los municipios carboníferos nuestro emporio de riqueza en plena producción: La Jagua de Ibérico, Chiriguaná, Curumaní, Pailitas, Pelaya; y a orillas del Gran Río Magdalena: Tamalameque, La Gloria, Gamarra, Chimichagua; y las inmensas sabanas de Astrea, El Paso, Bosconia y el Copey, y en el sur, los pueblos indómitos pegados a las montañas de Santander: González, Río de Oro, Aguachica, San Martín y San Alberto, eso es el Cesar, y aquí, hay una cultura que Colombia está por descubrir y estos encuentros que con tesón viene realizando la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con la irrestricta colaboración del Consejo Superior de la Judicatura, sirven para esto, para integrarnos, para conocernos, para que en el pueblo más recóndito se sepa que hay justicia para todos y que hemos contribuido a hacer de Colombia el verdadero Estado Social de Derecho.

Ahora, estamos enfrentados a mayores compromisos, los nuevos aires de Colombia nos exigen una permanente presencia, se avecinan épocas difíciles en donde la Jurisdicción Contenciosa va a ser protagonista, ya hay algún asomo en las condenas que ha recibido el país por parte de los organismos internacionales y tenemos que ponernos a tono para poder enfrentar esos nuevos retos. No podemos eludir una realidad que nos compromete a todos.

En buena hora entraron a operar los juzgados administrativos, con ello, los interminables procesos desaparecieron y la justicia

pronta y cumplida será en el menor tiempo una realidad en la jurisdicción. De la mano con el Consejo Superior de la Judicatura, lograremos hacer todos los ajustes necesarios.

Todo esto es lo que debatiremos en este maravilloso encuentro para el que auguro el mayor de los éxitos, a todos los que nos visitan siéntanse como en casa, los vallenatos raizales y los que no lo somos estamos orgullosos de recibirlos, sólo me resta decirles que desde que llegué aquí tengo un sentimiento profundo por el Valle; a los guajiros y a los vallenatos nos separa una línea imaginaria que García Márquez borró de un solo trazo cuando en *"Cien años de Soledad"* mostró al mundo que todo este territorio maravilloso es: "MACONDO" y las nuevas generaciones deben pensar en la soñada integración regional que nos permita ser otra vez el MAGDALENA GRANDE; para que no se repita el contenido de los pergaminos de Aureliano *"todo lo escrito en ellos era irrepetible desde siempre, porque las estirpes condenadas a cien años de soledad no tenían una segunda oportunidad sobre la tierra"*.

MUCHAS GRACIAS

DISCURSO CLAUSURA DEL XII ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Jesús María Lemos Bustamante
Vicepresidente del Consejo de Estado, Director del Encuentro

Culmina el Décimo Segundo Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Nos embarga la alegría de haber cumplido los objetivos propuestos: hemos remozado nuestros conceptos jurídicos y asimilado novedosas experiencias, a la vez que fortalecido anteriores amistades y empezado nuevas relaciones personales, en fin, regresamos con el espíritu iluminado con la luz del conocimiento y vivificado por el entrañable calor de la amistad.

No olvidemos que Magistrados y Jueces formamos la familia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que así nos desempeñemos en los más distantes puntos de la geografía nacional obedecemos a objetivos comunes de servicio a la comunidad, de respeto a la dignidad humana, de respaldo a la democracia como forma de gobierno, de tolerancia por las ideas, de solidaridad con los demás miembros sociales y de lucha por la aplicación de la justicia.

Vivimos en un país de gentes trabajadoras, honradas, sencillas y luchadoras, que mantienen muchos de los valores tradicionales a pesar del conflicto interno y de la recesión económica que, a no dudarlo, repercuten en las relaciones interpersonales afectando el conglomerado social en su conjunto. Nuestro reto es responder a esta realidad social reviviendo la esperanza. Tenemos que garantizarles a los colombianos que dentro del derecho es posible obtener una sociedad justa, respetuosa y capaz de resolver no sólo los pro-

blemas que genera la convivencia sino los que produce el ejercicio de la autoridad.

Debemos trascender la simple justicia legal, propender por el bien común y el interés general por encima de los intereses privados y aun de las necesidades o conveniencias particulares o coyunturales del gobernante.

Nuestro deber como jueces es administrar Justicia, sin parcializaciones ni preferencias, decir el Derecho interpretándolo con sentido social a las situaciones de hecho que debamos solucionar. Se exige de nosotros estudio, capacidad, inteligencia, prudencia, laboriosidad e imparcialidad. Sólo así recuperaremos la credibilidad en las instituciones, en el entendido de que es función nuestra rescatar los principios y valores esenciales de la convivencia diseñando una nueva ética que asegure la permanencia de los postulados esenciales de la Justicia y haga que nuestra Jurisdicción obtenga cada vez mayor reconocimiento por su autonomía e independencia y por su activo papel en el perfeccionamiento del Estado Social de Derecho, en virtud de sus decisiones diáfanas, expeditas y asertivas.

Compañeros del Consejo de Estado, Magistrados y Jueces de lo Contencioso Administrativo de Colombia, en nosotros recae el deber de equilibrar el ejercicio del poder y el respeto por los derechos de los asociados, la supremacía del interés general y el reconocimiento de los derechos particulares, de aplicar la fuerza de la norma pero morigerada por la razonabilidad de la justicia.

Esta ha sido nuestra función y debe continuar.

Así lo han entendido los doctores MARÍA ELENA GIRALDO, GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, TARSICIO CÁCERES TORO, ALBERTO ARANGO MANTILLA, FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE, ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, REINALDO CHAVARRO BURITICÁ, GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, DARÍO QUIÑONES PINILLA y MARGARITA OLAYA FORERO, quienes o ya concluyeron o están próximos a finalizar su labor y, por tal motivo, no nos acompañarán en el próximo encuentro como Consejeros de Estado. Todos ellos, con sus condiciones personales y calidades especiales, contribuyeron al bien de la Corporación y engrandecieron la majestad de la Judicatura. Han cumplido su gestión y ya no

volverán a decir el Derecho desde la Suprema Corte de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, así lo esperamos, continuarán su trasegar laboral y académico desde otros escenarios para bien de la Patria porque, como lo expresa bellamente el lema de mi alma mater, la Universidad del Cauca, *“Posteris Lumen Moriturus Edat”*, el que ha de morir pase la luz a la posteridad. No se prende la lámpara para esconderla sino para que brille iluminando el sendero.

La Jurisdicción desea hacerles un pequeño reconocimiento por su labor y a cada uno de ustedes le entregará un pergamo como muestra de su reconocimiento y amistad.

Doctora MARÍA ELENA GIRALDO: la jurisdicción se engrandeció al tenerla entre sus integrantes en la Relatoría del Consejo de Estado, en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y como Consejera de Estado. Su recuerdo y su aporte permanecerán en la Corporación como vivo ejemplo de espiritualidad, honestidad y disciplina. Recordaremos siempre su sentido de justicia, ecuanimidad, valor y rectitud.

Doctor GERMÁN RODRÍGUEZ: fue usted Magistrado Auxiliar y luego Consejero de Estado, hombre prudente y caballeroso. La Corporación lo llamó a presidirla por su ponderación y buen trato, aunados a sus conocimientos jurídicos, en especial, en lo atinente a contratación y responsabilidad del Estado. Su jurisprudencia no permitirá que lo olvidemos.

Doctor TARSICIO CÁCERES TORO: compañero de Sección y Subsección. Siempre le dije que era el historiador y el cronista, la memoria de la Corporación. Trabajador incansable, hombre sencillo y bueno, persona confiable y conocedora del derecho, especialmente del laboral. Cómo lo extrañamos en las Salas.

Doctor ALBERTO ARANGO MANTILLA: *“muy brevemente”*. Prototipo de la caballerosidad y la cortesía, galante y atento, de cálida condición humana. Se lo recordará como hombre honesto y recto, con sentido de lo justo y de la oportunidad jurídica. Sentiremos su ausencia en la Sección Laboral de la Corporación.

Doctor FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE: *“Es este un momento histórico”*. En la jurisdicción apreciamos la excelente carrera que ha reali-

zado, sus valores y sus grandes aportes a la juridicidad. Es usted un jurista valioso y un creativo trabajador, persona generosa, sencilla, cumplidora de sus deberes y comprometida con la institución. Reconocemos su fuerza, tolerancia y percepción social, sin olvidar su gran sentido del humor.

Doctor ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ: la Corporación va a extrañar su agudeza y rigor jurídico, la manera penetrante y comprehensiva como afrontara los desafíos del derecho administrativo. Usted ha demostrado que la seguridad jurídica y una visión progresista y liberal del derecho no son incompatibles. No olvidaremos su preocupación constante y permanente por la profundización y efectividad de las acciones constitucionales, especialmente de las populares y de grupo y su labor de aclaración de regímenes en materia de responsabilidad extracontractual y sus esfuerzos por dar bases sólidas a la solución de los complejos problemas contractuales. Destacamos, además, su sencillez y su calidez. Hará falta su luz en la Sala Plena de la Corporación.

Doctor REINALDO CHAVARRO BURITICÁ: su paso por la Corporación habrá de ser recordado por ese peculiar sentido del deber que lo hacía olvidar las horas de descanso en procura del respeto por las decisiones democráticas. No olvidaremos su angustia por responderle al país cuando se vio tambalear la legalidad de una de las ramas del poder, ocasión en la cual, a pesar de las críticas, logró usted proferir una providencia que marcó un hito en la historia judicial del país. En la Sala Plena nos hará falta su estilo directo y recio, pero siempre honesto y bien formado.

Doctor GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO: todos los Consejeros presentes coincidimos en lo gratificante que ha sido compartir nuestra labor con usted. Ejemplo de prudencia, sencillez, honestidad y compromiso. El Consejo de Estado lo hizo su Vicepresidente y a fe que cumplió con eficacia y brillo la labor encomendada, sirviéndose de su experiencia en la Rama Judicial en todas las instancias y en diversas áreas del derecho, penal, laboral y administrativo. Le deseamos al amigo, con gran afecto, los más resonantes éxitos en su vida profesional futura, acordes con sus capacidades intelectuales y, por sobre todo, con su extraordinaria condición humana.

Doctor DARIÓ QUIÑONES PINILLA: permítame que, por encima de sus condiciones de eximio jurista, de trabajador incansable, de excelente compañero y amigo, resalte su condición humana que le ha permitido sobreponerse a la enfermedad y con su espíritu doménar el cuerpo y permanecer al frente del Despacho con solvencia intelectual, con gallardía. La Sala Plena del Consejo de Estado y la jurisdicción toda le rinden hoy un reconocimiento a su fortaleza y a su capacidad intelectual, a su cumplimiento estricto del deber y al ejemplo de heroísmo que día a día usted le brinda a la Justicia de Colombia.

Doctora ANA MARGARITA OLAYA FORERO: amiga y compañera de la Sección Laboral, es usted vivo ejemplo de eficiencia en el trabajo, de rectitud y de coraje. El Consejo de Estado no olvidará sus tesis jurisprudenciales, su deseo permanente de acertar, la honestidad de su vida y la precisión de sus decisiones. Recordaremos siempre su fortaleza de espíritu frente a los avatares del destino. Un abrazo afectuoso a la mujer fuerte.

El éxito de este evento no se hubiera logrado sin la participación activa y entusiasta de muchas personas. Las autoridades Departamentales del Cesar y Municipales de Valledupar, los organismos de seguridad y la labor tesonera, constante y pródiga del Tribunal Administrativo del Cesar, liderado por la Doctora Liliana Patricia Orozco. Sólo su trabajo incansable durante todo este año hizo posible el éxito del Encuentro.

Les agradezco, además, a ustedes, Consejeros y Magistrados de la Jurisdicción su presencia y comprometida participación. Ustedes son la razón de ser de estos encuentros y con su asistencia facilitan la supervivencia del certamen.

Es nuestro deber expresar un agradecimiento especial a los conferencistas del Consejo de Estado, de los Tribunales y a los visitantes de España y Venezuela, a los panelistas y talleristas. Sus exposiciones, ideas y resultados engrandecen el saber.

El apoyo logístico y organizativo del Consejo Superior de la JUDICATURA, de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y de Suratep fueron cruciales para el buen suceso del evento. A todos ellos muchas gracias por esta convocatoria grata y fructífera.

Gratitud especial a Ángela Bonilla por su entrega y compromiso en la realización de este Congreso. Ella se ha convertido en pilar fundamental de los encuentros de nuestra jurisdicción.

Mis agradecimientos se hacen extensivos a todos los integrantes del Despacho a mi cargo, los presentes, doctores Bertha Lucía Ramírez de Páez y Luis Manuel Lasso Lozano, quienes fungieron como coordinadores en los paneles, a Yazmín Bustos Cardozo, quien laboró incansablemente como secretaria del encuentro, y a los ausentes que desde Bogotá nos colaboraron duplicando sus esfuerzos para que este trabajo adicional que le correspondió al Despacho arribara a buen puerto.

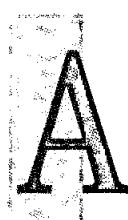
Para terminar debo advertir que en el futuro los jueces administrativos deben estar presentes en este escenario de retroalimentación jurídica y personal en la lucha conjunta por la consolidación de la jurisdicción y la búsqueda infatigable de la anhelada paz social. señores Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura reclamamos para los próximos encuentros la presencia de nuestros jueces.

Muchas Gracias

Segunda Parte: Ponencias

LA NECESIDAD DE UNA REFORMA AL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Enrique José Arboleda Perdomo
Magistrado del Consejo de Estado
Presidente, Sala de Consulta y Servicio Civil



tendiendo la sugerencia del Director de este encuentro, doctor Jesús María Lemos, Vicepresidente del Consejo de Estado, voy a referirme a la necesidad de modificar el actual Código Contencioso Administrativo, de conformidad con tres ideas que a su turno servirán de ejes conductores de esta ponencia: el cambio constitucional de 1991 y su influencia sobre el control judicial de la administración pública, la entrada en vigencia de los jueces administrativos, y por último, las posibles soluciones a la congestión.

Soy consciente que las ideas que paso a exponer son absolutamente debatibles, que no son originales, que contienen más una gran cantidad de inquietudes sobre la función de la jurisdicción contencioso administrativa que verdaderas propuestas, pero que permiten abrir el debate sobre la necesidad de reformar el Código Contencioso Administrativo.

I. LOS CAMBIOS ORIGINADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Es obvio para todos los presentes que el actual Código Contencioso Administrativo data del 1º de enero de 1984, y que la Constitución fue publicada el 7 de julio de 1991, por lo que las instituciones contenidas en el primero fueron expedidas bajo un marco constitucional hoy derogado y que por lo mismo no están totalmente adaptadas a las nuevas realidades jurídicas que se desprenden de la nueva Carta.

Es igualmente claro que en la anterior Constitución, muy pocas normas tenían influencia en la estructura del Código Contencioso Administrativo, por lo que la armazón del control judicial sobre la administración era esencialmente de rango legal. La Constitución del 91, a mi juicio exageradamente reglamentarista, introdujo una serie de normas que alteraron el esquema legal del Código, por lo que es necesario proceder a su reforma.

Considero que la Carta Política vigente contiene, en lo referente al control judicial de la administración, al menos tres grandes modificaciones conceptuales frente al sistema anterior, a saber: cambia el papel del juez administrativo, cambia la forma de clasificar las acciones mediante las cuales se ejerce el control, y por último instituye un control difuso de la administración mediante la acción de tutela. Paso a referirme a estos tres puntos, con el fin de ir exponiendo las posibles reformas al Código Contencioso Administrativo.

A) El cambio en el papel del juez administrativo¹.

Desde su creación por la Ley 130 de 1913, la jurisdicción contencioso administrativa se concibió como una justicia estrictamente reparadora e indemnizatoria, dado que el juez sólo podía actuar cuando se le demostraba que se había producido un daño, y su actuación se limitaba a restablecer el derecho vulnerado con la actuación o a indemnizarlo si no había otra forma de reparación.

El daño podía ser causado únicamente al derecho objetivo, entendido como el derecho general y abstracto, o bien a un derecho subjetivo reconocido por una norma vigente. De esta idea se desprendía la ya desaparecida clasificación de las acciones en objetivas y subjetivas. Demostrado uno de estos dos daños por parte del demandante, el juez procedía a restablecer el derecho, por ejemplo anulando el acto administrativo demandado, o decretando una indemnización de perjuicios. Es bueno poner de presente que el juez carecía de toda competencia de carácter preventivo que evitara la acción de la administración, aún cuando fuera evidente que de la actuación que se

¹ En este escrito, la expresión *juez administrativo* o simplemente la de *juez*, las empleo en forma genérica para denotar cualquiera de los órganos, colegiados o unipersonales, que ejercen la función judicial en la Rama Contencioso Administrativa.

estaba surtiendo iba a transgredir una norma o violar el derecho de una persona, pues se insiste, el papel del juez como controlador de la administración era exclusivamente reparador.

Es tan cierta esta afirmación, que al expedirse el Código Contencioso Administrativo de 1984, se contemplaron tres instituciones que le entregaban al juez administrativo la posibilidad de actuar antes de que se produjera el daño: una de ellas fue declarada inconstitucional y las otras dos fueron derogadas por el Decreto-ley 2304 de 1989. Se trata de la suspensión provisional en prevención, que como su nombre lo indica y la mayoría de ustedes lo recordará, le permitía al juez administrativo suspender una actuación iniciada por cualquier autoridad, cuando era evidente que la decisión que se iría a adoptar era ilegal. Las instituciones derogadas fueron la acción de cumplimiento, que en contravía de la posición legislativa, la Carta de 1991 la elevó a rango constitucional, y la acción de definición de competencias administrativas, en la que el juez podía suspender o anular los actos administrativos de trámite dictados por la autoridad incompetente.

La Constitución de 1991 cambió la función del juez, la hizo mucho más garantista y por tanto le otorgó unas enormes competencias preventivas, con facultades para inhibir la actuación de las autoridades y también para ordenarle que actúe conforme al derecho. Baste con revisar la definición constitucional de la acción de tutela, la cual procede cuando los derechos fundamentales sean “amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública²” o también la acción de cumplimiento que tiene como finalidad la de darle una orden a la administración para que realice alguna acción, en lugar de indemnizar al peticionario por el daño que tal omisión le pudiera causar. Nótese además que si bien en la regulación de la acción popular, la Constitución guardó silencio sobre las atribuciones preventivas del juez, la Ley 472³ dispuso que procede “para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos”

2 Artículo 86 de la Constitución Política.

3 Ley 472 de 1998 “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.

dándole contenido a la fórmula constitucional según la cual esta acción es la pertinente para la protección de tales derechos.

Este cambio en la concepción de las atribuciones de los jueces, para muchos es criticable, pues sostienen que rompe el equilibrio entre los poderes públicos desnaturalizando la función judicial, dado que quien dicta sentencias debe limitarse a aplicar e interpretar la ley, siendo esta operación estrictamente reglada en la que sólo existe una respuesta justa; mientras que al ejercer las nuevas atribuciones preventivas en cuyo ejercicio el juez debe ordenarle a la administración cierto comportamiento, lo lleva a optar entre varias soluciones todas igualmente justas, por lo que tal decisión que es claramente discrecional y por tanto política, desnaturalizando la función judicial y entrometiéndose en la función administrativa e incluso en la legislativa.

Es muy interesante el debate que plantea esta crítica a la actual Constitución y a la función *cuasiadministrativa* y *cuasilegalitativa* que ha venido adquiriendo el juez, en especial en materia de tutela, pero desafortunadamente escapa de las pretensiones de esta charla dedicada a las reformas del Código Contencioso Administrativo. Para nuestra finalidad, es suficiente constatar el cambio constitucional, que a mi juicio debe reflejarse en el Código Contencioso Administrativo al menos en estos aspectos:

1. Es necesario repensar si se justifica hoy en día la necesidad del agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad de las acciones contenciosas, pues se ha demostrado, con la práctica de las acciones de tutela y las populares, que el juez puede actuar y dispensar justicia, sin que haya necesidad de su agotamiento. Más aún, debe pensarse si realmente la vía gubernativa como está actualmente estructurada es realmente una garantía para el particular, o si por el contrario debe cambiarse este mecanismo por uno mucho más garantista y eficiente. Pensemos que la tendencia moderna en administración es la de concebir organizaciones cada vez más horizontales, menos jerárquicas, en las que la autonomía del inferior como elemento central de la doble instancia, prácticamente ha desaparecido.
2. Es preciso ampliar las causales y el campo de aplicación de la suspensión provisional, incluyendo en ella la protección de los

derechos fundamentales, así como el tipo de actuaciones que pueden ser suspendidas, permitiendo que proceda contra actos administrativos de trámite cuando sea evidente que la decisión definitiva va a ser ilegal. Esto daría algunos buenos resultados, como recuperar para la jurisdicción buena parte del campo actualmente ocupado por las decisiones de tutela, que en principio es una acción subsidiaria frente a los recursos judiciales ordinarios; se reivindica la especialidad de la jurisdicción contencioso administrativa en la interpretación del derecho público, pues la aplicación de estas normas por los jueces de las otras jurisdicciones conlleva un alto grado de incertidumbre, y por último, que es un corolario de lo anterior, se produce una mayor seguridad jurídica; y quizás se puede agregar, que al ser más eficiente la suspensión provisional se reduciría el número de tutelas, descongestionando las diferentes jurisdicciones.

3. Algo similar hay que decir sobre las causales de anulación de los actos administrativos, vr. gr ampliarlas a la protección directa de los derechos fundamentales, a los colectivos, de grupo, etc.

Es claro también que si se amplían las facultades del juez, deben reglamentarse muy claramente sus nuevos poderes, pues las normas existentes en el Código Contencioso Administrativo parten del supuesto de que sus atribuciones son fundamentalmente resarcitorias, de manera que el contenido de las sentencias responde a esta concepción, y deben entonces agregarse las relativas a esa labor preventiva. Es conveniente hacer notar que, en la legislación que regula las acciones constitucionales, este aspecto de las facultades del juez en la sentencia está deficientemente tratado, creando muchos de los problemas de aplicación de estas instituciones, tema al que volveré más adelante.

B) El cambio en la forma de estructurar las acciones

Como ustedes conocen, las acciones contencioso administrativas se estructuraron, desde la Ley 167 de 1941, a partir de dos ejes conceptuales: el tipo de actuación administrativa que genera el daño y el tipo del daño causado.

Con base en el primero de estos fundamentos, las acciones se clasificaron, en parte según la fuente del daño, de manera que para el

producido por el acto administrativo se estructuraron las acciones de nulidad y la de restablecimiento del derecho, para el originado por el hecho antijurídico de la administración se instituyó la de reparación directa, y cuando existe de por medio un contrato, se contempló la contractual. Por otra parte, se tiene que si el acto administrativo vulnera exclusivamente el derecho objetivo, se está en presencia de la acción de nulidad, independientemente del contenido general o particular del acto, pero si el daño que produce es al mismo tiempo el objetivo y el desconocimiento de un derecho subjetivo, entonces la acción será la de restablecimiento del derecho.

Se hace notar, que en esta forma de estructurar las acciones no entra en juego el tipo de derecho protegido, es decir, cualquiera de ellas puede proteger cualquier derecho.

Ahora bien, es necesario proceder a preguntarse si en la realidad el Código Contencioso Administrativo ha consagrado cuatro acciones diferentes o cuatro grupos de pretensiones. Durante mucho tiempo, la equivocación en la acción escogida para buscar la protección de un determinado derecho, implicaba el rechazo de la demanda o que no hubiera sentencia de fondo, con el argumento de que las acciones eran mecanismos judiciales que mediatizaban el acceso al juez, que además eran independientes y excluyentes entre sí. En la actualidad este efecto de las acciones se encuentra matizado por la jurisprudencia, y es aceptado que ante la equivocación del demandante, el juez interprete la demanda y proceda a fallar en el fondo⁴. De la misma manera, durante mucho tiempo no se permitió la acumulación de acciones, tema que también cada vez es más frecuente que se admita en la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵. Se observa entonces que la jurisprudencia del Consejo de Estado cada vez más le da efectos de verdaderas pretensiones a las llamadas acciones contenciosas, superando los escollos procesales

4 Incluso, se permite reinterpretar la demanda de manera que puede tramitarse como tutela una demanda presentada en acción popular. Ver. Sentencia T-410/03 Corte Constitucional. Ver igualmente esta situación en la acción de cumplimiento, Ley 393 de 1997, artículo 9°.

5 Sección Segunda del Consejo de Estado, providencias del: 95/02/09, expediente 10488; 95/12/14, expediente 8371; 25/4/96, Exps. 13233, 13285, 13286, 13386, 13534, 13537; 30/5/96, Exps. 13672, 13668; 2/5/, expedientes 13533, 13284; 30/5/96, Exps. 13664, 13663, 13671 y 13679; 18/4/96, Exp. 13242; 30/5/96, Exps. 13681, 13670, 13662, 13680; 16/5/96, exp. 13374; 30/5/96, Exps. 13676, 13669, 13666; 16/5/96, Exp. 13387; 30/5/96, Exps. 13667, 13535, 13682, 13665, 13372, 13678, 13287; 02/10/31, Expediente 1970-02; 96/09/12, expediente 11523; y, del 96/05/02, expediente 13373.

que implicaba la interpretación primigenia de las mismas. Una de las propuestas que se analiza enseguida consiste en consagrar en la ley esta práctica jurisprudencial.

La Constitución de 1991, en el exceso de reglamentación que la caracteriza, dispuso que para cada tipo de derecho por ella reglamentado se debía consagrar una acción especial y específica, de tal suerte que la vulneración de un derecho fundamental, se protege con la de tutela; la de un derecho colectivo, con la popular; si es un derecho de grupo, es la acción que lleva este nombre, y así sucesivamente⁶.

Como se observa, hay un cambio en la concepción a partir del cual se estructura el control judicial de la administración, pues mientras el Código Contencioso Administrativo lo hace sin tener en cuenta el tipo de derecho vulnerado, la Constitución se funda en crear acciones para cada uno de los derechos reglamentados en la misma Carta Política. Este cambio no sería grave si no coexistieran todas estas acciones, esto es tanto las contenciosas clásicas como las mal llamadas constitucionales, pero esta cohabitación no ha sido pacífica y ha generado los siguientes inconvenientes:

1. Existen varias acciones para controlar una misma actuación administrativa, como por ejemplo, un acto administrativo de adjudicación de una licitación, puede ser objeto de una acción de restablecimiento del derecho, de la popular por moralidad o por protección del patrimonio público, e incluso cabe pensar, con algo de imaginación, una acción de grupo. La pregunta es: ¿deben ser excluyentes todas estas acciones, o por el contrario son diferentes pretensiones que pueden ser acumulables?
2. Como corolario de lo anterior, no hay claridad sobre el contenido de las sentencias del juez, pues los poderes o atribuciones que puede ejercer en el fallo dependen del tipo de acción y no de las pretensiones, de manera que, y volviendo al ejemplo dado, si se demanda el acto de adjudicación de un contrato en acción popular, el juez carece de competencia para declarar la nulidad del mismo, incluso si la pide expresamente en la demanda.

6 Nulidad de decretos por inconstitucionalidad, pérdida de investidura de congresistas, repetición contra funcionarios.

Como se observa, mantener la estructura actual de las acciones es claramente inconveniente.

Sobre este tema de las acciones se pueden hacer otros comentarios. La concepción de la constitución sobre las acciones, como protección a un cierto derecho, es una concepción arcaica de la institución de la “acción”, pues como recordarán, en derecho romano y hasta hace unos cien años, se concebía la acción como el “derecho en movimiento”, de suerte que a cada derecho subjetivo le correspondía una acción, confundiéndose con la pretensión.

Sin embargo, es interesante hacer notar que ni la Constitución ni la ley son rigurosas con esta concepción de la acción, pues si se repara en el artículo 86 de la Carta que regula la tutela, aparece que esta también procede cuando algún particular afecte de manera grave y directa un interés colectivo, de suerte que esta acción no sólo protege los derechos fundamentales sino, en ciertas circunstancias, también los colectivos.

El artículo 89 de la Carta agrega: “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.” De la lectura de esta norma aparece entonces que los demás recursos y acciones también protegen los derechos individuales (dentro de los cuales considero están los fundamentales) los de grupo y los colectivos. Es de la esencia de la acción de tutela su carácter subsidiario⁷, de manera que todas las demás acciones también deben garantizar los derechos fundamentales.

Se deduce de lo expuesto, que la Carta no es unívoca ni en la concepción y el tratamiento de la institución llamada “acción”, ni tampoco obliga a que los derechos fundamentales, los colectivos y los de grupo tengan una acción especial y específica, cada una con un procedimiento propio para su protección. Es inconveniente mantener la actual situación de coexistencia de criterios antagóni-

⁷ Ver, entre otras, sentencias T-299 de 1997 y T-292 de 2006, de la Corte Constitucional.

cos para estructurar las acciones, pues, si se toma la teoría clásica, estas deben ser excluyentes, es decir, que cada derecho debe tener su protección y no puede ser que procedan simultáneamente dos o más acciones; pero si se toma el vocablo “acción” utilizado por la Constitución y la ley en forma moderna, esto es como diferentes pretensiones que buscan el control de la administración y la protección de cualquier derecho, desaparecen buena parte de los problemas existentes en cuanto a la interpretación de las acciones, como por ejemplo, el del acceso a la justicia por las sentencias inhibitorias debido a la equivocación en la denominación de la acción, los relativos a la imposibilidad de acumular las acciones, la posibilidad de que el mismo acto o actuación pueda ser controlado por varias acciones, y por último se unifican los poderes del juez.

C) La dispersión del control judicial de la administración por la acción de tutela

El otro cambio que introdujo la Constitución de 1991 en relación con el control judicial de la administración, consiste en que la acción de tutela le quitó a la jurisdicción contencioso administrativa el monopolio de este control, pues le asignó a cualquier juez la posibilidad de controlarla con el fin de proteger los derechos fundamentales. Lo anterior, a pesar de lo expuesto en el artículo 89 ya citado, y del 236 que en su numeral primero define al Consejo de Estado como el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, norma que otorga una competencia exclusiva en este órgano dada su categoría de supremo, sin que haya otra institución por encima de él con una competencia de revisión o de control, de lo que se desprende también que la jurisdicción administrativa tiene en exclusividad esta misma competencia.

Se constata entonces una relativa contradicción entre las normas, que ha sido interpretada en la práctica bajo el supuesto de que la jurisdicción contencioso administrativa monopoliza el control judicial sobre la administración, salvo cuando se trate de los derechos fundamentales.

Esta manera de integrar estas dos clases de controles es inexacta, pues desconoce que la acción de tutela es, por definición, un meca-

nismo de carácter subsidiario, es decir, que se origina únicamente si no existe otro medio de defensa judicial o si se utiliza para evitar un perjuicio irremediable⁸. De esta manera, lo usual debe ser que los recursos ordinarios ante los diferentes jueces de la República, protejan de manera suficientemente eficaz los derechos fundamentales de las personas, para que en la práctica se realice este deber ser de la norma, y no continúe ocurriendo que cerca de la mitad del trabajo de los jueces se dedica a resolver las acciones de tutela.

Según el mandato del artículo 152 de la Carta, el Congreso de la República debe expedir una ley estatutaria que regule los “derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”, norma no sólo incumplida sino olvidada. La ausencia de esta ley, ha traído como consecuencia que la Corte Constitucional en las sentencias de tutela se haya dedicado a crear verdaderas normas jurídicas como si fuera el legislador, reivindicando para sí la obligatoriedad de sus sentencias cual fuente originaria del mismo, en abierto desconocimiento del artículo 230 del Estatuto Fundamental que dice guardar.

Estos planteamientos me llevan a desviarme del discurso para poner en evidencia la necesidad de la expedición de dicha ley estatutaria, que tendría al menos los siguientes efectos positivos en favor de la justicia:

1. Se reivindica para el Congreso de la República la creación del derecho positivo en nuestro país.
2. Se realiza el concepto constitucional de ley estatutaria, según el cual, este tipo especial de ley desarrolla directamente la Carta Política mediante normas que tienen una jerarquía especial, dada la trascendencia de las actividades que regulan.
3. Se obtiene una gran seguridad jurídica derivada directamente de una ley estatutaria que define, sin los avatares y riesgos coyunturales de las sentencias, el núcleo esencial de los derechos fundamentales, la conexidad entre estos con los demás derechos subjetivos, y las situaciones en las que procede la tutela.

⁸ Ver artículo 6º numeral 1 del Decreto 2591 de 1991.

4. Se da cumplimiento al mandato del artículo 130 de la Constitución Política, según el cual la jurisprudencia es “criterio auxiliar”.
5. Se reequilibran los poderes públicos, pues en estos momentos la Corte Constitucional concentra múltiples poderes que no es conveniente que estén en una sola institución.

Volviendo al tema que nos convoca, es necesario reestructurar tanto el mecanismo de la suspensión provisional como las causas de anulación de los actos administrativos, dándole cabida a la protección, tanto de los derechos fundamentales como a los colectivos y de grupo, incluyendo la posibilidad para que el juez oficiosamente defina un grupo para efectos del fallo judicial, o incluso consagrando el proceso testigo, tema este del que me ocupo más adelante.

Es igualmente necesario ampliar las causales de revisión de los fallos de la jurisdicción contencioso administrativa, incluyendo como causal la violación de los derechos fundamentales, especialmente el del acceso a la justicia y al debido proceso.

II. LOS CAMBIOS ORIGINADOS CON LA PUESTA EN MARCHA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS

La entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos ha puesto en evidencia que la distribución de las competencias entre los tres niveles de órganos que componen la jurisdicción contencioso administrativa, los jueces unipersonales, los tribunales departamentales y el Consejo de Estado, está desequilibrada. Procedo a efectuar un breve y quizás incompleto diagnóstico de la situación, que abre la discusión y fundamenta las propuestas de reforma que se hacen más adelante.

En primer lugar hay que revisar el momento actual: los jueces administrativos recibieron alrededor del setenta por ciento de los negocios que se encontraban en curso de la primera o única instancia en los tribunales, los que una vez fallados deben volver a los mismos tribunales para que se surta la segunda instancia. Prácticamente no existen procesos de única instancia de competencia de

los jueces unipersonales. El Consejo de Estado en el corto plazo va a recibir en segunda instancia de los tribunales, los juicios que no fueron remitidos a los juzgados cuya primera instancia se surte actualmente en aquellos órganos.

En segundo lugar, analicemos la situación originada con los nuevos procesos que se presenten. En relación con los de única instancia, en general, puede decirse que son muy pocos los asignados al Consejo de Estado, considero que los más representativos son los de nulidad y los de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía cuando los actos demandados sean de autoridades nacionales, los relativos a la propiedad industrial, los electorales de autoridades nacionales y las pérdidas de investidura. Creo que los demás no son muy significativos. Un tanto igual sucede con los de única instancia en los tribunales, destacándose los de nulidad y de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía del orden departamental y municipal. En relación con estos procesos, por su poca importancia numérica parece que no sería necesario efectuar una redistribución.

El problema se presenta con los procesos de dos instancias, en los que el criterio para conocer si se inician por los juzgados o los tribunales es el de la cuantía, pues aparentemente las cuantías para que un proceso comience por los tribunales y finalicen ante el Consejo de Estado en la segunda instancia están muy altas, lo que conlleva a que sean muy pocos los que encajen en esta última forma, y por lo mismo sean decididos por el Consejo de Estado.

Este análisis ha llevado a la necesidad de replantear la distribución de las competencias entre los tres niveles de la organización de la jurisdicción contencioso administrativa, y hasta donde he podido escuchar ideas, se plantean tres grandes grupos de propuestas.

La primera, según la cual el Consejo de Estado debe transformarse principalmente en un tribunal de casación administrativa, conservando en única instancia aquellos procesos que constitucionalmente le corresponden, como las pérdidas de investidura o las nulidades de decretos por inconstitucionalidad. Esta idea ha sido debatida varias veces, y en uno de los anteriores Encuentros de la jurisdicción contencioso administrativa fue planteado por el doctor

Flavio Rodríguez, y en estos momentos se encuentra incluída en un proyecto de reforma a la ley estatutaria que cursa en el Congreso de la República, presentado por el gobierno. En el corto plazo esta propuesta tiene un inconveniente, que consiste en que no soluciona la congestión del Consejo de Estado ni tampoco de los jueces administrativos. Desde una perspectiva conceptual, es quizás la más lógica de todas, pues es claro que la casación tiene como finalidad la de mantener la unidad en la interpretación de las leyes.

Una segunda idea, consiste en mantener la actual estructura de la distribución de negocios, reduciendo las cuantías de los que inician el trámite en los tribunales y deben cursar la segunda instancia en el Consejo de Estado, de manera que la carga sea similar en ambos grupos de procesos. A corto plazo es quizás la que mejor arregla el problema de congestión de los juzgados administrativos, aunque un nuevo trasteo de expedientes conlleva un nuevo traumatismo en su trámite.

Una tercera, en la que busca redistribuir los negocios entre los diferentes niveles jerárquicos de la jurisdicción, tomando de nuevo el criterio del orden de las autoridades que produjeron los actos o hechos que originan los procesos, de manera que los de las autoridades departamentales y municipales tendrían en principio dos instancias, la primera ante los juzgados y la segunda en los tribunales, y los de las autoridades del orden nacional tendrían la primera instancia en los tribunales y la segunda en el Consejo de Estado.

Personalmente considero que la mejor de estas soluciones es la que genere mayor eficiencia para el usuario de la justicia, por lo que valdría la pena, antes de comprometernos con una propuesta de reforma, hacer un estudio estadístico de trabajos para que la fórmula que se proponga sea la más adecuada.

III. LAS POSIBLES SOLUCIONES A LA CONGESTIÓN

Son múltiples las causas que originan la congestión de la jurisdicción contencioso administrativa, y quizás ninguna idea o reforma individualizada sea suficiente para descongestionarla y tornarla eficiente. A priori, y acudiendo más a la experiencia que a un estudio concienzudo de estos temas, considero que al menos deben atacarse

tres aspectos para obtener un servicio de justicia más pronta y cumplida: la integración de las salas de decisión tanto en los tribunales como en el Consejo de Estado, los procedimientos judiciales y las relativas a lo que hoy se denomina “demanda de justicia.”

A) La integración de las salas de decisión

Comencemos por la toma de las decisiones en los Tribunales Contencioso Administrativos.

Desde un punto de vista estrictamente cuantitativo, tener varios centros de decisión en vez de uno, optimiza el trabajo y aumenta la productividad. Por lo general los tribunales adoptan las decisiones (autos interlocutorios o sentencias) en salas de cuatro o más magistrados. Quizás una de las reformas que deba hacerse es la de permitir que se dividan en salas de decisión, bien sea por especialización temática o bien mediante el mecanismo que actualmente existe en los Tribunales Superiores de Distrito, con salas de tres que se conforman en orden alfabético.

Personalmente me inclino más hacia la especialización temática, pues permite mantener la unidad en la jurisprudencia, que es una de las críticas permanentes a las salas de decisión de los tribunales superiores. A manera de ejemplo, en los tribunales pequeños de cuatro magistrados, dos de ellos podrían especializarse en laboral y ser los ponentes en estos juicios, otro en responsabilidad y contratos y el último en los demás temas, y se puede hacer rotativa la distribución de estos asuntos, es decir, que cada año o cada dos se roten entre ellos las especialidades para las ponencias. Creo que una reforma a la ley estatutaria debe entregar mayor libertad al reglamento bien sea al interno o a uno que expida el Consejo Superior de la Judicatura para adecuar el reparto de los negocios y la conformación de las salas de decisión.

En relación con el Consejo de Estado y especialmente la Sección Tercera, el proyecto de reforma a la ley estatutaria antes citado, propone agrupar los cinco magistrados actualmente existentes en dos salas de decisión, y también permite que se presente una redistribución interna de la Sala Contencioso Administrativa, de manera que podría haber un cierto refuerzo de las otras secciones a la tercera, o la que según las circunstancias la requiera. La

posibilidad de hacer flexible la estructura de las secciones de la Sala Contencioso Administrativa es bien interesante, pero presenta el problema de la especialidad de los magistrados que las integran y que mantienen la jurisprudencia.

B) La reforma a los procedimientos

Procedo a referirme en este punto a tres propuestas muy interesantes que se han venido planteando, y que en este recorrido por las ideas de reforma pueden agruparse bajo este título. La una se refiere al proceso verbal, la otra a la necesidad de unificar los procedimientos y por último al proceso testigo.

1. El proceso verbal y su conveniencia en la justicia administrativa

En el encuentro del año pasado, el consejero doctor Juan Ángel Palacio, presentó el proyecto de Código Único diseñado por el Instituto de Derecho Procesal, en el que se hacía énfasis en dos temas, el proceso verbal y la unificación de todos los procedimientos. Paso a referirme a estas dos propuestas.

Ha hecho carrera en nuestro país la idea del procedimiento oral para todas las jurisdicciones, y en el proyecto de reforma a la ley estatutaria citado aparece como una de las metas que se debe realizar en el corto plazo. No estoy muy convencido que en materia contencioso administrativa el proceso verbal sea una solución, pues en los casos en que se debate la legalidad de los actos administrativos, por lo general la prueba es documental y se encuentra en poder de las partes. La oralidad quedaría reducida a una audiencia en la que se repiten los argumentos y a la lectura de la sentencia. El procedimiento verbal se justifica cuando es necesario construir los hechos en común a partir de la práctica de la prueba en audiencia, especialmente los testimonios y peritajes.

Quizás habría que pensar que en aquellos procesos en los que toda la prueba es documental, suprimir el período probatorio, ampliándole el plazo a la administración para que allegue con la contestación de la demanda la totalidad de los documentos sobre el caso, y dando un traslado para alegar de conclusión. En esta

hipótesis, debe permitirse litigar a través de la red de internet, adoptando las seguridades documentales de rigor.

Ahora bien, en materia probatoria puede pensarse que se exija a las partes llegar al proceso con la totalidad de las pruebas practicadas en forma anticipada, bien ante los jueces, notarios, o centros de conciliación habilitados al efecto, con los peritajes practicados por las asociaciones que tienen carácter de órganos consultivos del gobierno, o incluso, previo acuerdo entre las partes, practicadas en las oficinas de los abogados.

Para todos son comunes los problemas causados con la acumulación de los procesos electorales, las notificaciones, los oficios etc., temas que también requieren de una reflexión y propuestas de reforma para evitar demoras que se originan en estas situaciones.

2. El proceso único

La propuesta de un código judicial único es sin lugar a dudas muy llamativa. Basta con pensar que casi la mitad de los estudios de derecho se dedican al aprendizaje de los infinitos procedimientos judiciales y administrativos. Cuánto tiempo se liberaría para que nuestros futuros abogados profundizaran en el derecho sustancial e incluso hicieran investigación. Por lo pronto sería suficiente si en la reforma al Código Contencioso Administrativo se unifican todos los procedimientos de todas las acciones en uno sólo, rehaciendo incluso el procedimiento interno de la administración.

Es casi evidente la necesidad de esta unificación; al redactar estas líneas conté de memoria diez procedimientos judiciales⁹ que se utilizan en la jurisdicción, y el otro día un artículo de una revista que conmemoraba los veinte años del Código Contencioso Administrativo, decía que hay más de treinta procedimientos internos de la administración, haciendo ver cómo, en la práctica, el del Código dejó de ser la regla general para convertirse en la excepción.

⁹ El ordinario, el electoral, de grupo, de tutela, popular, cumplimiento, pérdida de investidura, repetición, nulidad de decretos por inconstitucionalidad, ejecutivo contractual.

3. El proceso testigo

La Agencia de Cooperación Alemana¹⁰, más conocida por sus siglas GTZ, ha venido proponiendo la institucionalización del proceso testigo, que a grandes rasgos consiste en que el juez puede agrupar los procesos en los que la *causa petendi* sea similar, de manera que pueda suspender el trámite de todos menos uno, fallarlo rápidamente y a partir de esta sentencia adoptar todas las de los demás. Debe respetarse el derecho a que los demandantes pidan ser excluidos del grupo, considero que bajo la posibilidad de una penalización si el resultado es el mismo y hay temeridad en esta petición. Es indudablemente una propuesta seria e interesante, que por demás la práctica judicial ha realizado algunos de sus elementos, permitiendo con ella que los juicios avancen más rápidamente y haya una mayor celeridad en los mismos.

C) Reducción de la demanda de justicia y adopción de medidas administrativas de descongestión

Es casi una perogrullada sostener que mientras mayor seguridad jurídica exista en un país, será menor la demanda de justicia. Es también cierto que la demanda de justicia depende de una serie de circunstancias ajenas a la jurisdicción y que por obvias razones no es posible manejar en toda su intensidad. Baste recordar la crisis del UPAC que inundó de procesos ejecutivos los juzgados civiles, o las recurrentes reestructuraciones de la administración que también congestionan la nuestra. Hace unos minutos planteaba la incidencia de las acciones de tutela en las demoras judiciales, y cómo si se daba una regulación precisa sobre los derechos fundamentales era probable que se redujeran estos procesos.

Una de estas causas de congestión es sin lugar a dudas la falta de previsión del Estado que por sus hechos genera múltiples procesos de responsabilidad extracontractual. En este capítulo me refiero a tres posibles acciones para solucionar tales procesos en curso y evitar la congestión de la jurisdicción originada por esta causa.

10 Ver: "Bases fundamentales para implantar el proceso testigo en Colombia. Consejo de Estado". Mimeografiado septiembre 2006.

1. Buscar una política administrativa de conciliación por parte del Gobierno Nacional

Hace apenas dos años, el gobierno le ofreció a un grupo de magistrados y ex magistrados que había demandado un reajuste salarial, una conciliación judicial de sus pretensiones, que los demandantes tuvieron la posibilidad de aceptar. Muy buena parte de ellos aceptó y los procesos terminaron. Este ejemplo permite plantear que se podrían adelantar ante el Gobierno gestiones tendientes a solucionar por esta misma vía de la conciliación, múltiples procesos en curso en los cuales existe reiterada jurisprudencia, buscando así la conveniencia de todas las partes. Para mayor tranquilidad de los funcionarios, puede pensarse en que las conciliaciones se realicen ante la Procuraduría General de la Nación. En días pasados, la Agencia de Cooperación Alemana GTZ, al justificar su propuesta del proceso testigo¹¹, presentó unas estadísticas sobre los expedientes de responsabilidad que están en curso en la Sección Tercera, y de allí tomo estas cifras: por muertes ocasionadas por armas de dotación oficial hay 165 juicios, por fallas en el servicio de carreteras 71, muerte en establecimientos penitenciarios 97, etc. Bien vale la pena una gestión sobre este particular.

2. Proponer un proyecto de ley de responsabilidad extracontractual del Estado

Desde una perspectiva fiscal, se ha dicho que la administración no puede reconocer ningún gasto que no se encuentre decretado por la misma ley, por un contrato o una sentencia judicial, de allí que el gobierno esté impedido para aceptar directamente, mediante acto administrativo, la responsabilidad derivada del hecho antijurídico, razón por la cual se instituyó la llamada acción de reparación directa.

Es claro que esta situación se supera con la expedición de una ley que permita hacer el reconocimiento de la responsabilidad por la autoridad que causa el daño, y que además para los casos típicos como la responsabilidad derivada de las armas oficiales, o

11 Op. Cit.

las víctimas del conflicto armado, o la responsabilidad médica etc., en las que existe una jurisprudencia decantada, no sólo en cuanto a los elementos de la responsabilidad sino en la determinación de las indemnizaciones, se prevean las bases para liquidar las indemnizaciones a favor de las víctimas.

Esta ley traería varias ventajas, dentro de las que se pueden citar:

- a) Se cambiaría el actual sistema de demanda directa por el de la exigencia de una decisión previa de la administración, lo que significa que sólo las víctimas que no estén de acuerdo con la indemnización entregada, acudirían a la jurisdicción, liberando a esta de un posible gran cúmulo de procesos.
- b) Se simplifican los actuales procesos de reparación, pues la mayoría de las pruebas se practicarían durante el procedimiento interno a la administración, simplificando la labor del juez, que haría el control de legalidad de los actos administrativos.
- c) Desde el punto de vista internacional, el contar con una ley como esta conllevaría a solucionar, al menos inicialmente los problemas de derechos humanos, evitando las condenas por estos tribunales, que son ampliamente gravosas para las finanzas nacionales.

3. La obligatoriedad de una conciliación para los procesos en curso.

Para los procesos actualmente en curso, dicha ley de responsabilidad, debería incluir la obligación de acudir a una conciliación judicial bajo los parámetros que ella misma establezca, de manera que de esta forma también se busque terminar con los múltiples procesos existentes sobre estos conflictos.

Los siguientes pueden ser ejemplos del funcionamiento de esta ley:

En responsabilidad extracontractual, los casos de muertes de personas por armas de fuego de dotación oficial, la ley ordenaría que el Estado ofrezca una conciliación bajo estas circunstancias:

- i. Que en el expediente haya prueba de que la causa de la muerte fue por arma de fuego de dotación oficial;

- ii. Que los demandantes hayan probado tener derecho a la indemnización;
- iii. Que el valor de la conciliación sea el fijado por la ley, según la reiterada jurisprudencia.
- iv. Se debe establecer una sanción, de manera que si el particular no acepta, y la condena es igual al ofrecimiento hecho, el abogado pierde sus honorarios y las víctimas serán responsables de una multa del 20%.

En materia de reclamaciones laborales, puede darse esto:

- i. Que haya tres sentencias iguales del Consejo de Estado en las que se interprete la norma invocada por el demandante.
- ii. Que el demandante demuestre tener el derecho.
- iii. Que se concilie: el reconocimiento pleno hacia el futuro, pero en lo atrasado se pueda hacer una rebaja por equidad, por ejemplo no pagar intereses sino solo indexación etc.
- iv. Establecer una sanción como en el caso anterior.

Para sentencias que han negado las pretensiones de las demandas:

- i. Que haya tres sentencias iguales del Consejo de Estado en las que se interprete la norma invocada por el demandante, en las que se nieguen las súplicas de la demanda.
- ii. Que se ofrezca la conciliación, sin que haya costas judiciales.
- iii. Que se incluya en la ley, que de perder el proceso, habrá costas judiciales y una sanción pecuniaria, salvo que el Consejo de Estado considere que el demandante tenía argumentos nuevos suficientes para insistir en su proceso.

Hay antecedentes legales de sanciones cuando no hay conciliación y esta era razonable, como lo son en materia de negociación de predios para la reforma agraria y la reforma urbana, en ambos hay una rebaja de la indemnización cuando no se acepta el precio ofrecido por las autoridades, siempre que en el proceso judicial de expropiación la indemnización sea similar al precio ofrecido.

Son pues, múltiples las posibles reformas al Código. Considero que el Consejo de Estado debe utilizar su iniciativa legislativa para proponer las reformas más convenientes.

Mil gracias.

ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN POPULAR

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
Magistrado del Consejo de Estado
Presidente, Sección Primera

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, entre las características sobresalientes de la Carta Política de 1991, se cuenta la de que, en aspectos de señalada importancia, “Constitucionalizó” la normativa jurídica existente en el deliberado propósito de convertir en realidad tangible el paradigma según el cual la “ley de leyes” debe garantizar su plena y total aplicación al conjunto de relaciones de distinto orden, ámbito y categoría que en su texto explícita e implícitamente se regulan. Todo ello con el fin de propiciar que sus principios, valores y demás previsiones no permanezcan en el nebuloso espectro del eufemismo ni en el abismo insondable de la retórica, sino que se conviertan en una posibilidad concreta a la que puedan acceder con certidumbre los asociados, todo lo cual a no dudarlo, constituye una manifestación particular de los derroteros por los que propugna el esquema organizativo que acogimos para orientar nuestro devenir institucional, que no es otro que el Estado Social de Derecho a que alude el artículo primero de nuestro Estatuto Superior.

El marcado espíritu garantista de la Constitución se materializó no solo en el ya conocido catálogo de derechos fundamentales, puntuacionales o asistenciales y de la comunidad, elevados a rango supralegal, sino en la institucionalización de mecanismos especiales,

preferenciales y sumarios para su salvaguarda y restablecimiento, como son, entre otros, los previstos en el Título I, Capítulo 4.

Los derechos e intereses cuya titularidad descansa en la colectividad pueden ser resguardados mediante el ejercicio de la acción popular en los términos dispuestos por el artículo 88 superior, desarrollado por la Ley 472 de 1998, que la concibe como un mecanismo procesal idóneo para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio de esta categoría especial de derechos e intereses.

Algunos aspectos procesales dificultosos de la Ley 472 de 1998, que concentrarán el objeto del presente estudio, han sido tratados por las distintas Secciones del Consejo de Estado, especialmente la Primera y la Tercera, los cuales se examinarán mediante la explicación de la problemática suscitada y los argumentos de la decisión que la dirimió, en el propósito de orientar la solución de conflictos análogos, sobre la base, desde luego, de que se acepte la validez del precedente atendiendo su coherencia y adecuada fundamentación. No puede desconocerse que en algunos temas la indefinición normativa propicia diversas posibilidades interpretativas que han impedido identificar su verdadero sentido, dando lugar a opuestos enfoques sobre idénticos aspectos, en desmedro de la coherencia jurídica que necesariamente debe estar presente en toda práctica judicial que se precie de ser exitosa. El examen de cómo se ha desarrollado en casos concretos la situación descrita seguramente incentivará a los administradores de justicia a solidarizarse con la labor de consolidar el enfoque que mejor interprete y solucione la problemática tratada, en aras de que, en lo posible, se iguale o universalice su aplicación.

Haciendo eco de lo expuesto y sin la pretensión de agotar todas las inquietudes que suscita el trámite de la acción popular analizaremos los antecedentes jurisprudenciales sobre los siguientes aspectos:

- El agotamiento de la vía gubernativa no es requisito para el ejercicio de la acción; no es requisito para admitir la demanda el acompañamiento de la prueba de la violación del derecho colectivo;
- La carga de la prueba;
- La no subsidiariedad de la acción popular;
- Concurrencia del interés particular con el interés colectivo.

tivo: – El fuero de atracción en amparos dirigidos también contra particulares; – Acumulación de procesos en las acciones populares; – Actuación del Ministerio en la audiencia especial de pacto de cumplimiento, improcedencia de la nulidad por su no asistencia, sanción por inasistencia del demandante a dicha diligencia; – Pacto de Cumplimiento e incentivo; – Carencia de objeto, hecho superado o sustracción de materia e incentivo económico; – El principio iura novit curia; – La excepción de cosa juzgada; – La condena en costas; – La condena in genere; – La acción popular frente a un acto conciliatorio aún no aprobado; – Su improcedencia frente a decisiones judiciales; – La operatividad de la acción popular en defensa de la moralidad administrativa solo frente al ejercicio de la función administrativa, mas no ante la legislativa ni judicial; – La acción popular frente a contratos estatales; – La acción popular frente a los actos administrativos; – La acción popular frente a tratados internacionales; – Sustentación del recurso de apelación contra la sentencia que decide la acción, entre otros.

II. CÓMO HA MANEJADO EL CONSEJO DE ESTADO LOS SIGUIENTES TEMAS

II.1. El agotamiento de la vía gubernativa como requisito previo para el ejercicio de la acción popular

En reiterada jurisprudencia la Sección Primera del Consejo de Estado ha precisado que en relación con la admisión de acciones populares lo que debe examinarse para evaluar su procedencia es si se pretende la protección de los derechos e intereses colectivos que se estiman conculcados, y no si previamente el actor agotó un trámite o actuación que a la sazón resultó infructuoso para hacer cesar la omisión causante de la alegada violación.

Por tanto, ha concluido que cuando el derecho colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración no se requiere interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular. Además en parte alguna de la Ley 472 de 1998 se exige tal requisito para la procedibilidad de la acción, pues, por el contrario, el artículo 10, ibídem, señala que en el evento de afirmarse la amenaza o vulneración de un derecho o

interés colectivo por la “actividad de la administración”, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisitos para intentar la acción popular.

La anterior tesis la ha esbozado la Sección Primera del Concejo de Estado en múltiples oportunidades, entre otras en el fallo de 15 de junio de 2006, expediente AP-2002-02752, C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

No obstante llama la atención el hecho de que algunos Tribunales Administrativos han seguido exigiendo el “agotamiento de la vía gubernativa”, esto es un reclamo previo del demandante a la administración para que cese la acción o la omisión que le atribuye como conciliatoria de un derecho colectivo, para efectos de admitir la demanda, lo cual evidencia que la tesis que ha manejado el Consejo de Estado sobre el punto no ha sido plenamente acogida o compartida por dichos operadores jurídicos, quienes persisten en exigir un trámite que la ley no precisa. En este aspecto valdría la pena que en el proyecto de ley que actualmente se tramita en aras de reformar la acción popular se revise el punto y se haga una expresa definición sobre si es menester o no el cumplimiento previo del requisito comentado, en el evento de que se considere que, en tratándose de las acciones populares, la administración debe tener la oportunidad de ser requerida o advertida de la vulneración del derecho colectivo antes de ser convocada a juicio, lo cual, se insiste, en la actualidad, no tiene fundamento en la Ley 472 de 1998.

II.2. La prueba de la violación del derecho colectivo como requisito para admitir la demanda

Insistenteamente la Sección Primera del Consejo de Estado ha señalado que no es menester acompañar con la demanda la prueba de los hechos que sirven de fundamento a la afirmación del demandante sobre la violación de un determinado derecho colectivo, pues tal requisito no se exige para efectos de admitir la demanda. La oportunidad para que las pruebas se practiquen tiene lugar en el curso del proceso en el que deberán allegarse y evacuarse las que se pidan tanto en la demanda como en la contestación y las decretadas de oficio.

Se trae a colación la anterior exégesis en razón de que con frecuencia se ha encontrado que algunos Tribunales Administrativos

suelen exigir que con la demanda se adjunten pruebas demostrativas de la vulneración del derecho colectivo, como requisito para admitir la demanda desconociendo el hecho de que es en el curso del proceso que debe satisfacerse esa carga.

Entre los múltiples proveídos en los que se ha hecho precisión sobre el aspecto comentado cabe señalar la sentencia de fecha 17 de agosto de 2006, Expediente 01179-01, Consejero ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

II.3. La carga de la prueba en las acciones populares

Respecto de este tema, en términos generales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime al reiterar lo dispuesto en el artículo 30¹ de la Ley 472 de 1998 que atribuye al demandante la obligación de probar los supuestos en que se fundamenta su demanda al disponer de manera expresa, que “La carga de la prueba corresponderá al demandante”. Sin embargo, las construcciones interpretativas de las diferentes secciones de la Corporación frente a diversas variantes han esclarecido y enriquecido el alcance y sentido del mencionado enunciado, como pasa a examinarse.

En sentencia del 25 de mayo de 2000, la Sección Segunda, Subsección “A”, con ponencia del Consejero Alberto Arango Mantilla, proferida dentro de la Acción Popular radicada bajo el número. AP-040, concibió esta obligación como un requisito para la prosperidad de la acción, al estimar que cuando se alega la omisión de un deber es preciso comprobar con claridad que el mismo recae sobre el demandado, pues, de lo contrario, no puede el juez condenarlo a responder o a ejecutar aquello que no se demostró que estaba a su cargo o era de su competencia.

Acerca de las razones de orden económico o técnico erigidas como salvedad en el artículo 30, *ibidem*, para enervar el postulado

1 Dicha norma establece: Artículo 30 Ley 472/98 “**Carga de la prueba**. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.

En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos”.

general que atribuye al demandante la carga de la prueba, en sentencia proferida en marzo de 2004, por la sección tercera, con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra, dentro de la Acción Popular radicada bajo el número 44001-23-31-000-2003-0166-01, se destacó la necesidad no solo de alegar tales razones sino, también, de demostrarlas al sostener que “en el caso concreto tales razones no han sido alegadas, ni mucho menos demostradas”.

Se advierte igualmente en dicho proveído que sobre los sujetos de derecho que intervienen en el proceso gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se aporten y practiquen, razón por la cual les corresponde no solo la iniciativa de solicitarlas sino, además, el interés para lograr su completa evacuación. De manera que se incumple el mandato sobre la carga de la prueba cuando por inactividad del demandante no se arriman al expediente las que vienen decretadas.

Sobre este mismo aspecto en sentencia proferida el 10 de marzo de 2005 la Sección Tercera, dentro de la Acción Popular radicada bajo el número 2003-01195-01, con ponencia del Magistrado Ramiro Saavedra Becerra, indicó:

“Respecto a la no práctica de la prueba pericial solicitada en la demanda, no resulta de recibo la afirmación de los apelantes, en el sentido de que era el juez quien tenía el deber de insistir en la práctica de la misma, toda vez que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que consagra el principio de la carga de la prueba, “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”; y aunque en esta clase de acción se propende por la protección de derechos colectivos, la Ley 472 de 1998 también estipula en el segundo inciso del artículo 5º, que “El juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes”, y el artículo 30, establece que “La carga de la prueba corresponderá a la parte demandante”, mandato que cobra importancia cuando la prueba, debidamente decretada, no se practica frente al silencio de la parte que la solicitó”.

Con lo anterior se deja claro que, pese a la naturaleza constitucional de la acción popular y a que mediante su ejercicio se procura la protección a un derecho colectivo de categoría igualmente constitucional (artículo 88 C.P.), al demandante le corresponde la carga de la prueba, obligación de la cual solo puede sustraerse por razones de orden económico o técnico expresamente advertidas y acredita-

das. Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la facultad probatoria oficiosa que asiste al juez popular por mandato del artículo 28² de la Ley 472 de 1998, la cual le impone a éste último el compromiso de desplegar una intensa actividad tendiente a decidir, en el sentido que fuere menester, con plena ilustración de la situación puesta a su conocimiento.

Al respecto cabe señalar que si bien el artículo 29 Superior confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquel la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. Así las cosas, como algo consustancial a la garantía del debido proceso las partes, entre otros, tienen derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos. Si esto lo estimó así la Corte Constitucional en Sentencia C-1270 de 2000 al decidir la acusación de inconstitucionalidad del inciso 2º del artículo 83 del Código de Procedimiento del Trabajo, con más veras resulta ello aplicable en materia de acciones constitucionales de protección de derechos e intereses colectivos, donde el juzgador no solo tiene el deber sino la obligación de garantizar su efectividad, cometido igualmente previsto en el artículo 2º de la Carta Política como un fin esencial del Estado.

En reiteradas ocasiones la Sección Primera ha hecho uso de esta facultad bien sea para aclarar puntos oscuros o dudosos de la con-

2 Tal disposición señala: Artículo 28 Ley 472/1998 **“Pruebas.** Realizada la citación para establecer el proyecto de pacto de cumplimiento, sin lograr acuerdo, o citada esta y no efectuada por ausencia de las partes, el juez decretará, previo análisis de conduencia, pertinencia y eficacia, las pruebas solicitadas y las que de oficio estimen pertinentes, señalando día y hora para su práctica, dentro del término de veinte (20) días prorrogables por veinte (20) días más si la complejidad del proceso lo requiere.

El juez podrá ordenar o practicar cualquier prueba conducente, incluida la presentación de estadísticas provenientes de fuentes que ofrezcan credibilidad. También podrá el juez ordenar a las entidades públicas y a sus empleados rendir conceptos a manera de peritos, o aportar documentos u otros informes que puedan tener valor probatorio. Así mismo, podrá requerir de los particulares certificaciones, informaciones, exámenes o conceptos. En uno u otro caso las órdenes deberán cumplirse en el estricto término definido por el juez. El juez practicará personalmente las pruebas, pero si ello fuere imposible, podrá comisionar en aras de la economía procesal. En los procesos a que se refiere esta ley, el juez podrá ordenar la práctica de pruebas dentro o fuera del territorio nacional”.

troversia, o a fin de actualizar información, lo que ha permitido incluso el amparo de otros derechos colectivos cuya amenaza o vulneración se ha establecido como consecuencia de esta actividad. Así lo consideró, entre otros, el Auto 1223 de septiembre 29 de 2005, Sección Primera, Consejero ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y la Sentencia AP-0343 de 31 de enero de 2003, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade.

II.4. Procedencia de la acción popular frente a la posibilidad de intentar otras acciones

El artículo 88 constitucional claramente establece que las acciones populares pueden ejercerse en defensa de los derechos o intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros, norma que fue desarrollada por la Ley 472 de 1998 sin que se haya establecido como condicionamiento para su ejercicio la inexistencia de otro medio de defensa judicial, como sucede en tratándose de la acción de tutela.

Significa lo anterior que el ejercicio de la acción popular es procedente aún cuando existan otros medios de defensa judicial para impugnar la acción o la omisión vulneradora de un derecho colectivo.

En este sentido son múltiples los fallos producidos por el Consejo de Estado, lo cual haría suponer que el punto se encuentra suficientemente definido, sin embargo, la Sección Primera del Consejo de Estado se ha visto abocada a la necesidad de revocar innumerables decisiones de los Tribunales Administrativos en las que se rechazan acciones populares con el argumento de que los demandantes cuentan con la posibilidad de ejercer otro tipo de acciones como las de simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales o de cumplimiento de que trata la Ley 393 de 1996. En realidad no hay razón que justifique el que los Tribunales persistan en sostener la consideración de que la acción popular es de naturaleza residual, lo cual carece en absoluto de sustento constitucional y legal.

El tema tratado se ha dilucidado, entre otros pronunciamientos, en auto del 24 de agosto de 2006, Expediente número 2001-1914-01, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

II.5. La definición de si el derecho cuya protección se invoca es o no colectivo debe efectuarse al momento del fallo. Concurrencia de interés particular con el interés colectivo

Bien puede suceder que el demandante en una acción popular invoque la violación de derechos o intereses colectivos previstos como tales en la Constitución y en la ley y que en esa misma reclamación incluya la protección de un interés particular suyo o de un tercero, circunstancia frente a la cual no hay lugar a rechazar in limine la demanda con el argumento de que lo prevalente en el ánimo del demandante es la defensa de este último derecho y no la de los primeros. En eventos como el comentado lo procedente es resolver la supuesta concurrencia de intereses en el momento del fallo. Dicha concurrencia no desvirtúa la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer del asunto. Precisiones como las reseñadas fueron esbozadas por la Sección Primera del Consejo de Estado en providencia de fecha 24 de agosto de 2006, Expediente número 024444-01, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

II.6. El denominado “fuero de atracción” frente a las acciones populares

Pese a que este tema ha sido suficientemente dilucidado por la jurisprudencia del Consejo de Estado desde el año de 1999, merece ser tratado en esta oportunidad teniendo en cuenta el hecho de que, con inusitada frecuencia, los demandados proponen la excepción de falta de jurisdicción cuando la acción se dirige conjuntamente contra autoridades públicas y particulares, de lo cual suelen hacer eco algunos Tribunales Administrativos para remitir la actuación a la justicia ordinaria.

La Ley 472 de 1998 prevé, en su artículo 9⁹³, que la acción popular procede contra las autoridades públicas o los particulares que

3 Así reza la norma: Artículo 15 Ley 472/1998 “**Procedencia de las acciones populares**. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”.

amenacen o vulneren los derechos e intereses colectivos. A su turno el artículo 15⁴, ibídem, dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de las que se dirijan contra las autoridades públicas y las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, mientras que en los demás casos conocerá la jurisdicción ordinaria.

La anterior regla general tiene una excepción en los eventos en que una acción popular se dirija simultáneamente contra una autoridad pública y un particular, caso en el cual su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, consideración derivada de la aplicación del denominado fuenro de atracción.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente sobre el punto lo siguiente:

“(...) cuando la parte demandada es plural y con respecto de uno de los demandados no cabe duda que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente, en virtud del llamado fuenro de atracción queda prorrogada la competencia para conocer de la acción con respecto a otro u otros demandados que en principio fueran justiciables ante la jurisdicción ordinaria. Así se ha pronunciado respecto del fuenro de atracción esta jurisdicción, figura que se fundamenta en la acumulación de acciones, por pasiva, contra quienes son señalados como responsables solidarios de las obligaciones que se pretenden. También ha aceptado la jurisprudencia la aplicación de esta figura cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes (necesarios) pasivos, y alguno o algunos deban ser juzgados ante esta jurisdicción. Conforme a los lineamientos trazados por la jurisprudencia, tratándose de una acción popular, el aludido fuenro opera cuando se acumulan acciones contra entidades públicas o personas privadas que cumplen funciones públicas, por un lado, y particulares por otro, señalados como responsables solidarios del hecho u omisión que amenace o vulnere derechos colectivos, o cuando su comparecencia conjunta es forzosa para que se produzca sentencia, porque esta podría afectarlos de manera uniforme (Artículos 51 y 83 del C. de P.C.). (AP-077 Sección Quinta. AP-510 Sección Tercera. Autos 15615 del 29 de abril de 1999 y 11200 del 14 de diciembre de 1995,

⁴ Así reza la norma: Artículo 9º Ley 472/1998 **“Jurisdicción”**. La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en actos, acciones, u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia. En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil”.

Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2001, Consejero Ponente: Dr. Roberto Medina López. AP-2000-3508-01.

Por su parte al fijar el alcance del artículo 15 de la Ley 472 de 1998 (“Jurisdicción y Competencia”), la Sección Primera del Consejo de Estado, en auto del 19 de febrero de 2004, con ponencia del organizador de estas notas, proferido dentro de la Acción Popular número 90297, advirtió que el tenor literal de dicho precepto es claro al señalar que en tratándose de entidades públicas la competencia está determinada por la naturaleza jurídica del sujeto demandado sin que además se requiera que los actos, acciones u omisiones causantes de la vulneración del derecho colectivo para cuya protección se instaura la acción popular, constituyan ejercicio de la función administrativa, pues la redacción de la norma permite inequívocamente inferir que este supuesto se predica de las personas privadas, que son el sujeto que lo antecede, mas no de las entidades públicas.

De manera que solo si la acción popular se dirige contra una persona privada, según lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, debe determinarse si desempeña funciones administrativas, evento en el cual su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, pues de lo contrario su competencia es de la jurisdicción ordinaria civil.

II.7. Acumulación de procesos en acciones populares

Según la Sección Primera del Consejo de Estado, el artículo 44 de la Ley 472 de 1998 establece que en los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, mientras no se opongan a la naturaleza y finalidad de tales acciones. Como el Código Contencioso Administrativo no regula expresamente el tema de la acumulación de procesos, debe acudirse a lo establecido en este aspecto por el artículo 157 del C. de P.C. que se refiere a la “Procedencia de la acumulación”, con sujeción a la remisión prevista en el artículo 267 del C.C.A.

Precisamente mediante Auto del 27 de noviembre de 2003, proferido dentro de la AP-25000-23-25-000-2003-00771-01, la Sección Primera, con ponencia del señor Consejero Camilo Arciniegas Andrade, revocó el proveído que negó la solicitud de acumulación de

procesos y en su lugar la concedió atendiendo a que se cumplían los requisitos previstos en los artículos 157 y 159 del C. de P. C., por ser la acción popular un proceso en el que puede concurrir la identidad de objeto y causa.

Sin embargo, es pertinente advertir que la Sección Tercera del Consejo de Estado descarta la procedencia de la aludida figura con el argumento de que en estos casos ocurre lo que califica como “agotamiento de jurisdicción”, razón por la cual estima que en las acciones populares no puede existir la acumulación de procesos.

Al efecto, sostiene lo siguiente:

-Cuando un ciudadano interpone una acción popular para salvaguardar un derecho de la comunidad ya la representación de esta última se encuentra agotada en dicha persona.

-En el momento en que el juez asume la competencia para conocer de una acción popular termina cualquier posibilidad de que otro juez conozca de esta misma causa, puesto que de existir otras pretensiones u otros hechos relacionados con esta, es necesario que se sumen a los ya propuestos, pues en el primer proceso se entienden representados y defendidos todos los titulares de los derechos o intereses colectivos vulnerados o amenazados.

-Tal situación se ha llamado agotamiento de jurisdicción, que se presenta porque la administración de justicia, al momento de avocar el conocimiento de una acción popular, pierde competencia funcional para conocer de otra con identidad conceptual en los hechos y las pretensiones, máxime cuando de no ser así se estaría desconociendo el principio de economía procesal y podría llevar a decisiones contradictorias.

-Cuando el juez está frente a derechos de naturaleza subjetiva, y se presentan varias demandas basadas en los mismos hechos y pretensiones, es cuando opera el fenómeno de la acumulación de procesos (Art. 157 C. de P.C.), pero en el caso de las acciones populares, a juicio de la Sección Tercera no puede existir esta acumulación, puesto que, por la naturaleza antes mencionada, serían las mismas pretensiones fundadas en los mismos derechos, lo que implicaría no una sumatoria de pretensiones, sino una agregación de actores.

De ahí que en auto del 5 de febrero de 2004, Expediente AP-933, expresara:

"Carece de razonabilidad admitir una demanda presentada en ejercicio de una AP que tenga el mismo objeto y se fundamente en los mismos hechos de una acción que ya está en curso, para proceder luego a su acumulación, ya que acumular procesos significa acumular pretensiones, y esta sumatoria no se da cuando las pretensiones son las mismas. Es decir, en estos casos no habría propiamente una acumulación de procesos, sino una agregación de actores".

La Sección Tercera del Consejo de Estado sostiene que en caso de que se presente un actor popular planteando nuevos hechos de utilidad en una demanda de acción popular que ya se encuentra en conocimiento de la administración de justicia, se debe aplicar el artículo 24⁵ de la Ley 472 de 1998, en donde se prescribe que toda persona natural o jurídica puede coadyuvar estas acciones; y agrega que precisamente esa es una de las funciones que tiene la notificación del auto admisorio de la demanda mediante un medio masivo de comunicación (artículo 21⁶, ibídem).

5 Tal norma textualmente reza: Artículo 24 Ley 472/1998 **"Coadyuvancia:** Toda persona natural o jurídica podrá coadyuvar estas acciones, antes de que se profiera fallo de primera instancia. La coadyuvancia operará hacia la actuación futura. Podrán coadyuvar igualmente estas acciones las organizaciones populares, cívicas y similares, así como el defensor del pueblo o sus delegados, los personeros distritales o municipales y demás autoridades que por razón de sus funciones deban proteger o defender los derechos e intereses colectivos".

6 Tal norma señala: Artículo 21 Ley 472/1998 **"Notificación del auto admisorio de la demanda.** En el auto que admite la demanda el juez ordenará su notificación personal al demandado. A los miembros de la comunidad se les podrá informar a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios. Para este efecto, el juez podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación. Cuando se trate de entidades públicas, el auto admisorio de la demanda deberá notificarse personalmente a su representante legal o a quien este haya delegado la facultad de recibir notificaciones, todo de acuerdo con lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo.

Cuando el demandado sea un particular, la notificación personal del auto admisorio se practicará de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, esta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que allí se encuentre de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio y del aviso que enviará, por el mismo conducto, al notificado.

Si la demanda no hubiere sido promovida por el Ministerio Público se le comunicará a este el auto admisorio de la demanda, con el fin de que intervenga como parte pública en el defensa de los derechos e intereses colectivos, en aquellos procesos que lo considere conveniente. Además, se le comunicará a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho o interés colectivo afectado".

En torno a la configuración del denominado agotamiento de jurisdicción en las acciones populares la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en los Autos del 5 de febrero de 2004, Expediente AP-933, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque; del 5 de agosto de 2004, expediente AP-979, con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo Gómez; del 16 de septiembre de 2004, expediente AP-0326; Auto del 7 de diciembre de 2005, Expediente AP-1029 de la misma ponente; y del 15 de marzo de 2006, expediente AP-01209, con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra. En todos estos proveídos la Sección Tercera ha insistido en que el agotamiento de la jurisdicción tiene dos consecuencias, dependiendo del momento procesal en el que el juez verifique su configuración: la primera, es cuando se presenta una demanda de acción popular ya existiendo otra con la misma causa petendi, caso en el cual debe ser rechazada la demanda posterior por agotamiento de jurisdicción; la segunda, se da cuando se admiten varias acciones populares con idéntica causa petendi, caso en el cual debe declararse la nulidad de todo lo actuado en los nuevos procesos y en su lugar ordenar el rechazo de la demanda.

Respecto a cuál es el momento procesal a tener en cuenta para establecer, entre varios procesos, cuál continúa su curso, hay dos tesis. La primera, enseña que el proceso que debe continuar es aquel en que primero se hizo la notificación a los miembros de la comunidad por medio masivo de comunicación, pues con ello se permite que todo interesado coadyuve la acción. Y, la segunda, planteada posteriormente, propone que el proceso llamado a continuar, desencadenando el rechazo o nulidad de los demás, es aquel en donde primero se haya notificado a los demandados, y al efecto se aduce, entre otras razones, que es por virtud de dicha diligencia cuando se traba la relación jurídico procesal. Esta última tesis es la vigente en la Sección Tercera.

II-8. La participación del agente del ministerio público en la audiencia especial de pacto de cumplimiento. Improcedencia de nulidad por su inasistencia/.

La sanción por inasistencia no excusada de la parte demandante a dicha diligencia

La Ley 472 de 1998 en su artículo 27⁷ establece como obligatoria la presencia del agente del Ministerio Público en la audiencia especial de pacto de cumplimiento. Sin embargo, la Sección Tercera en sentencia del 16 de marzo de 2005, con ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, proferida dentro de la Acción Popular número 76001-23-31-000-2004-00652-01, sostuvo que pese a lo anterior tal normativa no erigió en causal de nulidad de esa audiencia ni del pacto de cumplimiento que en ella se logre, como tampoco del proceso, la inasistencia a tal diligencia de dicho funcionario. En el referido proveído también se precisó que el alcance del inciso 6º del artículo 27 citado, al disponer que la audiencia se considerará fallida cuando no comparecieren la totalidad de las partes interesadas, no implica que la sanción allí establecida se extienda al evento en que no comparezca al proceso el agente del ministerio público, quien

7 Dicha disposición señala: Artículo 27 Ley 472 de 1998 "Pacto de cumplimiento. El juez dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatoria.

La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurran en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalara nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento. En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible.

El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, estos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas.

La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos: a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas; b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento, y c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento.

En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literal a).

La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia, cuya parte resolutiva será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas. El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto".

no tiene la calidad de parte en las acciones populares, como sí se le reconoce en los demás procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículo 127 C.C.A.). Por tanto la Sección Tercera concluyó que la mencionada nulidad debió negarse, pues la misma Ley 472 de 1998, reconoce al Ministerio Público la calidad de sujeto procesal y no de parte. En consecuencia concluyó que dicha inasistencia no es motivo para declarar fallida la audiencia, en otras palabras, el efecto jurídico de la inasistencia del procurador a la audiencia de pacto de cumplimiento no es que esta se declare fallida. Asunto distinto es que la misma norma consagre sanciones por la inobservancia del deber de asistir a la mencionada audiencia, lo cual acarrea consecuencias adversas para el funcionario encargado de tal labor, en los términos del artículo 27 de la misma ley que dispone que “la inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurran en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo”. Así pues, a juicio de la Sección Tercera, no puede disponerse la nulidad del pacto de cumplimiento por la irregularidad consistente en la inasistencia del Ministerio Público a la audiencia en que este se celebra.

Otro aspecto es el concerniente a la inasistencia de la parte actora a la audiencia de pacto de cumplimiento, situación frente a la cual la Sección Primera en Sentencia 90074 del 6 de octubre de 2005, con ponencia de la Consejera María Claudia Rojas Lasso, sostuvo que el a-quo deberá imponerle las sanciones previstas en la ley. Por tanto en diversos fallos, cuando se ha advertido la ausencia de la parte demandante a la audiencia de pacto de cumplimiento, sin la excusa pertinente, se ha dispuesto prevenir al juzgador de primera instancia para que, en adelante, le imponga las sanciones legales pertinentes.

Tales exhortaciones encuentran sustento en la obligación que tienen las partes de asistir a dicha audiencia, según lo prevé el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, por estar en juego la posibilidad de convenir la forma en que puede cesar la violación del derecho o derechos colectivos conculcados o el procedimiento a seguir para restablecerse la situación a un estado anterior.

Además, frente al criterio de la Sección Primera del Consejo de Estado, ya expuesto, en el sentido de que verificado y aprobado el pacto de cumplimiento no hay lugar al reconocimiento a favor del actor del incentivo previsto en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, es factible suponer que la inasistencia a dicha audiencia especial por parte de este último lo que en realidad procura es evadir la posibilidad de que se materialice algún tipo de arreglo que frustre el derecho al incentivo lo cual torna nugatoria la finalidad de la aludida audiencia. Frente a tales situaciones no cabe duda de que el juez debe hacer uso de sus poderes disciplinarios en aras de que la audiencia de pacto de cumplimiento se celebre con la asistencia de todas las partes independientemente de que se llegue o no a algún tipo de acuerdo.

De otra parte, cabe resaltar el hecho de que la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 1º de julio de 2004, con ponencia del Consejero Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Expediente número 25000-23-24-000-2002-0178-01, condenó a los actores populares a pagar una multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, por cuanto se acreditó su negligencia en el trámite del proceso pues no comparecieron a la audiencia de pacto de cumplimiento, no acataron lo dispuesto en el artículo 21⁸, ibídem, relativo a suministrar los gastos necesarios para la publicación del aviso a los interesados, ni alegaron de conclusión, siendo tal inactividad demostrativa de la carencia de razonabilidad

8 Tal norma reza: Artículo 21 Ley 472/1998 **“Notificación del auto admisorio de la demanda.** En el auto que admite la demanda el juez ordenará su notificación personal al demandado. A los miembros de la comunidad se les podrá informar a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios. Para este efecto, el juez podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación. Cuando se trate de entidades públicas, el auto admisorio de la demanda deberá notificarse personalmente a su representante legal o a quien este haya delegado la facultad de recibir notificaciones, todo de acuerdo con lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo.

Cuando el demandado sea un particular, la notificación personal del auto admisorio se practicará de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, esta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que allí se encuentre de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio y del aviso que enviará, por el mismo conducto, al notificado.

Si la demanda no hubiere sido promovida por el Ministerio Público se le comunicará a este el auto admisorio de la demanda, con el fin de que intervenga como parte pública en el defensa de los derechos e intereses colectivos, en aquellos procesos que lo considere conveniente. Además, se le comunicará a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho o interés colectivo afectado”.

para impetrar la acción, comportamiento dispuesto como temerario en el artículo 74, numeral 1º del C. de P.C.

II.9. Pacto de cumplimiento e incentivo. Carencia de objeto, hecho superado o sustracción de materia e incentivo

Ha precisado la Sección Primera del Consejo de Estado en diversos pronunciamientos, entre ellos, en Sentencia del 15 de marzo de 2001, (Expediente número 25000-23-25000-2000-0217-01, Acción Popular, Actor: Hermann Gustavo Garrido Prada, Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade), reiterada, entre otras, en Sentencias del 4 de abril de 2002 (Expediente AP-9407, 6 de febrero de 2003 y 27 de noviembre de 2003 (expedientes AP-00962 y AP-00355, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), que el incentivo creado por el artículo 39¹⁰ de la Ley 472 de 1998 constituye un reconocimiento a la labor diligente desplegada por el demandante en defensa de los derechos colectivos, norma esta que debe analizarse armónicamente con el artículo 34¹¹, ibídem, que alude a que en la sentencia que acoja las pretensiones de la demanda se fijará

-
- 9 A términos de esta disposición: Artículo 74, numeral 1, C. de P.C. “**Temeridad o mala fe**. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: ... 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a este.”
- 10 Así reza dicha norma: Artículo 39 Ley 472/1998 “**Incentivos**. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Interés Colectivo”.
- 11 Así reza dicha norma: Artículo 34 Ley 472/1998 “**Sentencia**. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.

La condena al pago de los perjuicios se hará “in genere” y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil; en tanto, se le dará cumplimiento a las órdenes y demás condenas. Al término del incidente se adicionará la sentencia con la determinación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional a favor del actor.

En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización.

el incentivo, lo que significa que solo hay lugar al mismo en caso de dictarse sentencia estimatoria y no en tratándose de la que aprueba el pacto de cumplimiento.

El tema reseñado no ha sido objeto de fácil manejo al punto de que se dificultó la construcción de un criterio uniforme cuando todas las Secciones del Consejo de Estado tramitaron y decidieron acciones populares.

Por ejemplo, la Sección Cuarta en su oportunidad consideró que el incentivo procede siempre que exista pacto de cumplimiento aún cuando no se tase su monto en esa audiencia; criterio que esbozó en la Sentencia AP-0152 de 24 de agosto de 2001, con ponencia del señor Consejero doctor Germán Ayala Mantilla, exégesis que fue reiterada en Sentencia de 18 de mayo de 2001, Consejera ponente MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA, expediente número 41001-23-31-000-20001- 3874.

La Sección Tercera, a su turno, también estima que así termine la acción popular mediante la aprobación del pacto de cumplimiento, debe reconocerse el incentivo porque el allanamiento de la parte demandada a cumplir el deber demandado por el actor en esa primera oportunidad procesal “no implica que la labor del demandante haya sido menos diligente, pues su actuación en esa audiencia fue necesaria para esa conciliación”, atendiendo igualmente a que el derecho al incentivo no surge de la voluntad de las partes ni está sometido a la liberalidad del juez, sino que proviene de un mandato legal, el cual lo que sí establece de manera discrecional es su cuantía que va de 10 a 150 salarios mínimos legales mensuales. (sentencia de 16 de marzo de 2005, Consejera ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO, expediente número: 76001-23-31-000-2004-00652-01(AP)).

En la sentencia el juez señalará un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad, con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

También comunicará a las entidades o autoridades administrativas para que, en lo que sea de su competencia, colaboren en orden a obtener el cumplimiento del fallo”.

Es indudable que en lo concerniente al tema del incentivo es menester consolidar una posición jurisprudencial homogénea para generar un mensaje unívoco con destino a las nuevas instancias que seguirán conociendo de las acciones populares (jueces administrativos y Tribunales Administrativos) máxime cuando, a futuro, no habrá un mecanismo unificador de los diversos criterios que al respecto dichos operadores jurídicos puedan adoptar, eventualidad que suscita honda preocupación y que inclusive amerita que se aclare el punto por vía de la expedición de una nueva ley.

En lo que tiene que ver con el hecho superado o la carencia de objeto, ocurridas en el curso del trámite de una acción popular, por regla general, no debe negarse el incentivo previsto en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 teniendo en cuenta que el responsable del comportamiento vulnerador de derechos colectivos, una vez notificado de la demanda, hizo todo lo necesario para restablecer las cosas a un estado de normalidad que disipe cualquier riesgo para la comunidad que le resulte atribuible. Ello por cuanto el restablecimiento del derecho o derechos conculcados se produjo con ocasión de la intervención del actor popular. Sin embargo, no debe perderse de vista que para la procedencia del incentivo es necesario contar con la prueba de la existencia de la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, sin lo cual, muy a pesar de la sustracción de materia, no procede el reconocimiento de aquel. Así lo ha establecido la Sección Primera en diferentes sentencias; entre ellas en el fallo del 6 de agosto de 2004, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Expediente número 15001-23-31-000-2002-03657-01. El referido planteamiento también quedó reflejado en el fallo del 21 de julio de 2004, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Expediente número 15001-23-31-000-2002-00307-01, el cual giró en torno a un caso en el que si bien el obstáculo en la vía que motivó el ejercicio de la acción popular fue removido luego de la notificación de la demanda, también se estableció que la existencia del mismo no ofrecía riesgo alguno para la comunidad.

Conviene igualmente recordar que frente a la cesación de la vulneración impugnada, hecho superado, o carencia de objeto, ocurrida en el curso del trámite de la acción popular, inicialmente la Sección Primera optó por declarar uno de esos tres acontecimientos, cuando verificaba su configuración, sin incluir decisiones adi-

cionales, o confirmaba las decisiones de ese mismo tenor dictadas en primera instancia si las estimaba fundadas. Empero con miras al reconocimiento del incentivo a favor del actor, lo cual se hace en la sentencia que acoja las pretensiones, según mandato del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, tal criterio fue sustituido por el actualmente vigente, según el cual, se reconoce la ocurrencia de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos aunque se advierte que en el curso del trámite de la acción dicha afectación cesó o dejó de tener efectos y se concede el condigno incentivo.

II.10. La acción popular y el principio *iura novit curia*¹²

En virtud de la naturaleza especial y prevalente del medio procesal previsto en el artículo 88 de la Carta Política, resulta válido que el juez de la acción popular profiera fallos ultra o extra petita cuando de los hechos de la demanda y las pruebas visibles en el expediente ello se haga necesario para cumplir con el fin esencial del Estado de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (artículo 2º C.P.).

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación si de los hechos aducidos en la demanda se deriva la existencia de un derecho colectivo comprometido, diferente del que se señaló expresamente por el actor, el juez debe protegerlo, expediendo las órdenes que a su juicio sirvan para cumplir a cabalidad con dicho cometido.

En sentencia del 6 de septiembre de 2001 dictada dentro de la acción popular con Radicación AP-163, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que en este tipo de acciones es procedente la aplicación del principio *iura novit curia*, siendo viable que se proferan fallos ultra o extra petita atendiendo a las obligaciones del juez como por ejemplo la impulsión oficiosa del proceso y el amparo de la comunidad como sujeto de protección, pues junto con el también principio de protección prevalente y eficaz de los derechos se tiene como conclusión sustancial que le es dable amparar derechos colectivos no alegados por el actor con el fin de proteger a una

12 Este principio viene definido como: "Aforismo romano que contiene el reconocimiento de que el juez conoce el derecho, colocándolo, como consecuencia, fuera del objeto de la prueba". (Diccionario de derecho. Rafael De Pina. 4^a edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1975).

comunidad afectada por la decisión jurídica mas no representada en su totalidad en la litis, atendiendo además a que los principios constitucionales y las normas legales son parte de la decisión. Tal criterio también fue reiterado en sentencia del 3 de noviembre de 2005, proferida por la Sección Primera con ponencia del Consejero RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA dentro de la Acción Popular número 2003-0128-01.

II.11. La excepción de cosa juzgada en la acción popular. Requisitos para su procedencia

De conformidad con el artículo 23 de la Ley 472 de 1998 en la contestación de la demanda se puede proponer la excepción de cosa juzgada que se resuelve en la sentencia y se configura cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa e igual objeto al ya resuelto por los funcionarios judiciales. Sin embargo debe tenerse en cuenta que en el ámbito de las acciones populares, en virtud de que su objeto de protección está constituido por derechos cuya titularidad es difusa, lo decidido en la sentencia afecta por igual a toda la comunidad interesada, dentro de la cual puede o no estar el actor popular. En consecuencia para la configuración de la excepción de cosa juzgada en materia de acciones populares no se requiere identidad absoluta de las partes, pues en estos procesos el actor y los titulares del interés protegido no necesariamente coinciden, al punto de que el legislador señaló en el artículo 35 de la Ley 472 de 1998 que la sentencia dictada dentro de una acción popular “tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general”. En otras palabras, en materia de acciones populares la excepción de cosa juzgada respecto de las partes ocurre aunque ellas no sean idénticas en los procesos que se cotejan, pues lo relevante es que los responsables por la afectación del derecho colectivo invocado sean los mismos, y que no obstante la calidad difusa de la comunidad titular del derecho, el grupo –determinado o determinable– afectado con la amenaza o vulneración de los derechos colectivos comprometidos, también sea el mismo.

Otro elemento necesario para la prosperidad de la excepción de cosa juzgada es la identidad de causa, la cual ha sido entendida

por la doctrina como “la razón por la cual se demanda, los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia”; motivos contenidos en los hechos de la demanda al dar origen a su presentación y a la formulación de las pretensiones.

También se requiere que haya identidad de objeto, es decir, que el nuevo proceso verse sobre las mismas prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia.

Así lo dejó sentado la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2006, proferida dentro de la Acción Popular número 2001-23-31-000-2003-02026-01, con ponencia del Consejero Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, mediante la cual se declaró probada la excepción de cosa juzgada por encontrarse reunidos los requisitos a que se ha hecho alusión.

II.12. La condena en costas en la acción popular

En las acciones populares, conforme al artículo 38 de la Ley 472 de 1998, se puede condenar en costas al demandante cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. El juez debe aplicar las normas de procedimiento civil, por lo que debe acudirse al artículo 74, ibidem. La temeridad es producto del ejercicio arbitrario y sin fundamento de la acción popular, la cual surge de la formulación de pretensiones sin respaldo alguno, así como de los hechos y del material probatorio, de los cuales se infiere la absoluta improcedencia de la acción, o, cuando se interponen recursos que carecen también de fundamento alguno, en aras de favorecer únicamente los propios intereses y no los derechos colectivos que se invocan. (Ver al respecto la Sentencia número AP-02922 de 2004, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, y la número 00814 junio 2 de 2005, entre otras).

Sobre este aspecto, también la Sección Tercera, en sentencia del 15 de abril de 2004, con ponencia del Consejero Alier Hernández Enríquez, Expediente número 04017-01 (AP), sostuvo que el demandante actúa con temeridad y mala fe cuando no acredita los hechos que presenta como vulnerantes y amenazantes de los derechos colectivos, como es su deber, conforme al artículo 30 de la Ley 472 de 1998 que establece que “la carga de la prueba corresponderá al demandante”. Igualmente cuando su actuación resulta “absolutamente superflua”

lo cual se da en el caso de que las pretensiones pongan de presente la ausencia de bases legales para las mismas, o cuando se evidencia que lo perseguido por el demandante es la obtención del incentivo económico que la ley previó para las acciones populares. En el caso que dio origen al aludido pronunciamiento se evidenció que en la demanda se solicitó el reconocimiento del incentivo previsto en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, y, además, como si se tratara de un incentivo distinto, el contenido en el artículo 40, ibidem.

Respecto del mismo tema la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 11 de septiembre de 2003, con ponencia de la Consejera Olga Inés Navarrete Barreto, Expediente 02802-01, sentó la tesis según la cual no obstante que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, de todas formas su reconocimiento requiere debida comprobación. En el fallo se dispuso: La condena en costas "...representa los gastos en que incurrió el actor dentro del trámite del proceso y, ya que en el expediente se tiene probado que los gastos del demandante son: la publicación del aviso sobre la admisión de la demanda (folio 17), que tuvo un valor de \$10.000 y algunas fotos, (folios 36, 37 y 46), se revocará la providencia de 28 de abril de 2003 para, en su lugar, ordenar la condena en costas a la parte demandada."

II.13. La condena *in genere* al pago de perjuicios en las acciones populares

De los artículos 307 y 308 inciso 1º del C. de P. C., se deduce que en materia de procedimiento civil las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otras semejantes, deben hacerse siempre en concreto. Si no existe prueba suficiente para dicha condena, el juez deberá decretar pruebas de oficio con el fin de establecer la cantidad o valor preciso de la obligación. Si no lo hiciere, omisión que es considerada, inclusive, como constitutiva de falta disciplinaria, la parte favorecida también podrá, dentro del término de ejecutoria, solicitar sentencia complementaria para que se decreten pruebas de oficio, por una sola vez, a fin de imponer la condena en concreto.

Pero tratándose de acciones populares la condena al pago de perjuicios debe producirse *in genere*, tal y como lo sostuvo la Sala Plena

de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado acatando la normativa especial y, por ende, de aplicación preferente, que rige respecto de acciones populares, cual es el inciso 2º del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, a cuyo tenor:

*“La condena al pago de los perjuicios se hará *in genere* y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil...”* (Negrilla fuera del texto).

Tal exégesis fue sostenida en auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 9 de noviembre de 2004, dentro del Expediente número 25000-23-26-000-2002-01204-01 (Recurso Ordinario de Súplica en Acción Popular), donde además se destaca que son evidentes las diferencias existentes entre la norma procesal civil que proscribe en principio la condena en abstracto, al punto de considerar como falta disciplinaria la adopción de tales decisiones, y la contenida en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 que, por el contrario, establece como regla general este tipo de condena en lo que al pago de perjuicios se refiere.

Así pues la tesis relevante en el asunto tratado es la de que dentro de las Acciones Populares, por mandato del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, norma especial, la condena en perjuicios debe hacerse “*in genere*” y liquidarse mediante el incidente de que trata el artículo 307 del C. de P. C.

II.14. La acción popular frente a un acto conciliatorio aún no aprobado

Resulta notoriamente improcedente que a través de la acción popular se pretenda ordenar al juez del conocimiento o a su superior funcional (cuando el auto que decide la conciliación esapelado en el proceso contractual), la adopción de una decisión determinada frente al acto conciliatorio celebrado y aprobado por una providencia que aún no está en firme en vista de que ha sido recurrida.

Tal criterio fue adoptado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 29 de julio de 2004, proferida con ponencia de la entonces Consejera María Elena Giraldo Gómez, dentro de la Acción Popular número 2004-00608-01. En dicho proveído se tuvo en cuenta que la conciliación a la que se refería la demanda de ac-

ción popular era de aquellas que se adelanta dentro de un proceso contractual, razón por la cual los presupuestos concurrentes para su aprobación exigían que las personas que concilian estuvieran debidamente representadas, que sus representantes o conciliadores tuviesen capacidad o facultad para conciliar, que la conciliación versara sobre derechos económicos disponibles, que lo reconocido se hallara probatoriamente soportado y que el acuerdo no resultase abiertamente lesivo para el patrimonio público o violatorio de alguna norma jurídica. Y como en dicho caso se encontró probado, mediante la certificación del Secretario de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que el acuerdo conciliatorio sobre el cual estaban edificadas las pretensiones procesales de la acción popular, si bien había sido aprobado por el juez de la causa en primera instancia, para la fecha de expedición de la providencia que debía resolver la acción popular estaba en curso en ese proceso contractual el recurso de apelación interpuesto contra el auto aprobatorio. De manera que en tal caso no procede la acción popular en la medida en que se está dando, dentro de ese proceso contractual, cumplimiento al mecanismo jurídico establecido por el legislador dirigido a la verificación de la validez del acuerdo conciliatorio y a la protección del patrimonio público, que le corresponde al juez de la causa e incluso al Ministerio Público como guardián del orden legal, lo que torna improcedente la acción popular ejercida.

II.15. La acción popular frente a decisiones judiciales

Ha sido criterio del Consejo de Estado que la acción popular se encuentra restringida al ejercicio de la función administrativa por lo que resulta improcedente invocarla para cuestionar actuaciones propias de la función judicial. Así lo planteó en sentencia de 28 de julio de 2005, proferida por la Sección Tercera, con ponencia de la señora Consejera María Elena Giraldo Gómez, dentro de la acción popular radicada bajo el núm. 50001-23-31-000-2003-00035-02, en la que se perseguía la declaración de ineficacia de un laudo arbitral, entre otras pretensiones.

Como sustento del aludido pronunciamiento se señala que por mandato del artículo 15 de la Ley 472 de 1998 la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en tratándose de acciones

populares, recae sobre actos, acciones u omisiones de las entidades públicas (personas jurídicas públicas) como de los particulares que desempeñen funciones administrativas. A partir de ello y teniendo en cuenta que la función jurisdiccional, aunque parte de la función pública, es autónoma e independiente de la función administrativa, se estima que el cuestionamiento de las decisiones judiciales proferidas por el juez natural, transitorio, temporal o excepcional, no resulta del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por vía de la acción popular.

Este mismo criterio lo expuso esa Sección con anterioridad en la sentencia del 16 de junio de 2005 dentro de la AP-00162 donde indicó que la Ley 472 de 1998 no previó las acciones populares para cuestionar los fundamentos de las consideraciones de un juez (ordinario o excepcional).

II.16. La acción popular por violación de la moralidad administrativa frente al ejercicio de la función legislativa

La acción popular no es el instrumento procesal idóneo para cuestionar la constitucionalidad de las leyes de la República, como tampoco para discutir los pronunciamientos sobre las mismas efectuados por la Corte Constitucional. Así lo planteó la Sección Tercera del Consejo de Estado en apartes de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2006 con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, al decidir una acción popular interpuesta contra la Ley 619 del 20 de octubre de 2000, con miras a lograr el restablecimiento de los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa. A tal conclusión se llegó partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, la cual solo puede ser desvirtuada por el juez constitucional, bien sea la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias como guardiana de la supremacía e integridad de la Carta Política en los estrictos y precisos términos del artículo 214 constitucional, o por el Consejo de Estado cuando conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional en virtud del control difuso de constitucionalidad que distingue a nuestro orde-

namiento jurídico, sin perjuicio de la excepción de inconstitucionalidad.

II.17. La acción popular frente a contratos estatales

La Ley 472 de 1998, en sus artículos 2º y 9º dispuso que las acciones populares tienen cabida frente a toda conducta de acción u omisión de las autoridades públicas, siempre y cuando con relación a ellas se pretenda evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, que la actividad contractual del Estado en tanto modalidad de gestión pública debe guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa que mediante los contratos también pueden amenazarse o vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos. Igualmente ha concluido la misma Sección que las acciones populares no pueden tener idéntico objeto procesal al de las acciones por controversias contractuales, precisión que no significa que las conductas de acción o de omisión en la actividad contractual no puedan ser la causa jurídica de la amenaza o quebranto de los derechos e intereses colectivos, porque es bien distinto el objeto procesal de las acciones de controversias contractuales que siempre persiguen, de alguna forma, la satisfacción de derechos e intereses subjetivos. Sentencia del 5 de agosto de 2004, Consejera ponente María Elena Giraldo Gómez, Expediente AP-0118-01. Ver expediente AP-518 del 31 de octubre de 2002.

En sentencia de 31 de octubre de 2002, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro de la Acción Popular número 2000-1059-01, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque se plantea que si en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirar dicha actividad, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3º del art. 44 de la Ley 80 de 1993) lo cual, además, puede dar lugar a que resulten comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio pú-

blico, que son pasibles de protección a través de la acción popular. Según la Sección Tercera la Ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración puedan ser objeto de examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular, sin embargo, reconoce que el contrato es un instrumento para inversión de dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, por vía de acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando pone en peligro y viola algún derecho colectivo. Dicha labor tiene como propósito adoptar las decisiones a que alude el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, entre las que se cuentan, desde luego, suspender o invalidar los efectos o la ejecución de la actividad potencial o efectivamente transgresora de los intereses colectivos y en lo posible la restitución de las cosas a su estado anterior.

Es de anotar que en la providencia comentada se suspendió la ejecución de un contrato hasta cuando la jurisdicción resolviera sobre su nulidad absoluta, por cuanto se encontró configurada la violación al derecho colectivo relacionado con el patrimonio público.

Esta tesis fue reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 5 de octubre de 2005, con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra (Expediente número AP-01588), en la que igualmente se suspendió la liquidación de un contrato por considerarse demostrada la vulneración de los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y el patrimonio público, decisión que estuvo sustentada, entre otros, en los siguientes criterios:

“... En definitiva, si se acude al contexto mismo de la Ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9º, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso –incluso– examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y Ley 80 de 1993), en tanto que sólo esta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que –con su ocurrencia– resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo...”.

II.18. La acción popular frente a actos administrativos

El Consejo de Estado ha precisado que la acción popular contra los actos administrativos puede ejercerse siempre y cuando la existencia y ejecución del acto, vulnere o amenace un derecho colectivo. Por tanto, ha concebido que con el exclusivo fin de procurar su protección es posible que a través de dicha acción se examine cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de aquellos, de suerte que el uso de la acción popular para esos fines es excepcional y restrictiva.

Empero, en los pronunciamientos emitidos en relación con el tema se ha dejado en claro que el análisis de legalidad o constitucionalidad de los actos administrativos frente a la posible violación o amenaza de derechos colectivos no solo está permitido implícitamente en el artículo 88 de la Constitución y la Ley 472 de 1998, sino que además, en ocasiones se impone, porque: i) La ley y la Constitución diseñaron la acción popular como una acción principal mas no residual. ii) para la protección de los derechos colectivos el juez constitucional tiene amplias competencias. iii) el núcleo esencial de los derechos e intereses colectivos se protege principalmente mediante la acción popular.

Pueden consultarse al respecto las decisiones proferidas en los expedientes AP-2693 de 2004, Sección Tercera, Consejera ponente María Elena Giraldo; AP-0559 de 2004, Sección Primera, Consejero ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; AP-0874 de 2004, Sección Primera, Consejero ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; AP-194 de noviembre 9 de 2001, Sección Quinta, Consejero ponente Darío Quiñones Pinilla; AP-1834 de 15 de julio de 2004, Sección Tercera, Consejero ponente Germán Rodríguez Villamizar y AP-00787 de 27 de julio de 2005, Sección Tercera, Consejero ponente Alier E. Hernández Enríquez.

Cabe resaltar que la Sección Primera ha tenido en cuenta la posibilidad de que en el análisis que corresponda efectuar para dirimir la controversia en la acción popular, está permitido al juez popular revisar la constitucionalidad y legalidad del acto administrativo, y

en caso de que el mismo vulnere derechos colectivos se pueda inhibir sus efectos o impedir su ejecución. Sí debe precisarse que en ningún caso se ha dispuesto, de manera específica, “declarar la nulidad” de dichos actos.

En pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado (sentencia de 6 de octubre de 2005, expediente número AP-00135, Consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, se enfatizó en los siguientes aspectos:

1. No hay discusión alguna en cuanto a que es procedente la acción popular contra actos administrativos que hayan violado o amenacen violar derechos e intereses colectivos.
2. Lo que no resulta evidente es la competencia del juez popular para producir una declaración formal que disponga su anulación.
3. Del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 se infiere:
 - a) La orden de hacer o no hacer;
 - b) Condenar al pago de perjuicios;
 - c) Exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas a su estado anterior.

Como una modalidad de la orden de hacer o no hacer está la posibilidad, entre otras, de disponer que se inapliquen los efectos de los actos administrativos, o de que se imparta la orden sobre su no aplicabilidad o ejecución.

II.19. La acción popular frente a tratados internacionales

La Sección Tercera del Consejo de Estado en reciente proveído de fecha 6 de julio de 2006, expediente número 01725-01, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, tuvo oportunidad de dilucidar el tema relacionado con la procedencia de la acción popular frente a tratados internacionales, en particular, se pronunció en torno a una acción promovida contra el Tratado de Libre Comercio que se tramita entre el Gobierno colombiano y los Estados Unidos de Norteamérica.

Luego de analizar el punto, la citada Corporación concluyó que atendiendo a la forma en que está regulado a nivel constitucional y legal el trámite de los tratados internacionales y en consideración a los controles jurídicos y políticos que existen para verificar su conveniencia y constitucionalidad, no hay lugar a que por vía de la acción popular se cuestione su eventual incidencia en el desconocimiento de derechos colectivos.

En lo pertinente la providencia aludida señaló que:

“El control del juez popular en el trámite del proyecto de tratado de libre comercio que actualmente se negocia con Estados Unidos de Norteamérica, no tiene cabida ya que el constituyente diseñó un marco jurídico político que propende por la participación de tres Ramas del Poder Público y la ciudadanía en general, en donde no cabe interpretación alguna que permita introducir otro procedimiento para su control, sin violar la Constitución misma.”

II.20. De la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que decide la acción popular

Por disposición expresa del artículo 37 de la Ley 472 de 1998 el recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la firma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil.

El trámite del recurso de apelación contra las sentencias viene regulado en los artículos 352 y 360 del C. de P. C.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 794 de 3 de enero de 2003, que reformó el Código de Procedimiento Civil, no existía la carga procesal de sustentar el recurso de apelación ni de que el juzgador, en caso de que la parte no lo hubiera sustentado, tuviese que ordenar traslado para que lo hiciera. Por obvias razones en dicho estatuto tampoco se consagraba la decisión de declarar desierto del recurso por falta de sustentación. (Respecto del tema se puede consultar la sentencia de 17 de septiembre de 1992 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia proferida con ponencia del Magistrado Alberto Ospina Botero, dentro del expediente núm. 296).

En la misma ley, que entró a regir el 10 de abril de 2003, conforme al artículo 65, se dispuso en el parágrafo 1º del artículo 352 que “El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad procesal establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto...”.

Por su parte, el artículo 360, ibídem, no consagra un término específico para que la parte sustente el recurso, ni le confiere autorización al juzgador para dar traslado con dicha finalidad, por lo que debe entenderse que la sustentación debe hacerse, para evitar la declaratoria de desierto, desde que el expediente llega al superior hasta antes de que venza el término de cinco días de traslado para alegar.

De otra parte, no se considera viable dar aplicación al traslado para sustentar el recurso con base en las normas del Código Contencioso Administrativo porque por mandato expreso del artículo 37 de la Ley 472 de 1998, el recurso de apelación contra sentencias dictadas en acciones populares se gobierna por el Código de Procedimiento Civil, y existiendo norma expresa al respecto no cabe la remisión que al C. C. A. hace el artículo 44 de dicha ley, referente a “Aspectos no regulados”, porque ese aspecto sí está expresamente regulado.

En tal sentido se pronunció la Sección primera del Consejo de Estado en Sentencia de 17 de julio de 2003, con ponencia del Consejero Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, dentro del expediente núm. AP-00014 al resolver un recurso ordinario de súplica.

II.21. Nulidad por falta de vinculación de quien debió ser demandado o de un tercero con interés directo en el trámite de la acción popular

Cuando en la segunda instancia el juzgador note que no se vinculó a quien debió ser demandado, o a un tercero con interés directo en las resultas del trámite de la acción popular, resulta evidente que se está en presencia de la causal de nulidad con-

templada en el artículo 140, numeral 9º, del Código de Procedimiento Civil¹³.

Como quiera que dicha nulidad es saneable, conforme se deduce del texto del artículo 144¹⁴, ibídem, en armonía con los artículos 145¹⁵ y 358¹⁶, inciso 4º, ibídem, el fallador de segunda instancia debe ponerla en conocimiento de quienes no fueron notificados del auto admisorio de la demanda, en la forma prevista en los numerales 1º y 2º del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, haciéndoles saber que si dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación no la aleguen, la misma quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario se declarará.

Sobre este aspecto se puede consultar, entre otros, el auto de 6 de octubre de 2005 (Expediente núm. 00237, Consejero ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Ahora bien si el juez de primera instancia al momento de proferir el fallo advierte la ausencia de vinculación de las personas arriba

13 Tal norma dispone: Artículo 140, numeral 9º, C. de P. C. **“Causales de nulidad.** El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 9º. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al ministerio público en los casos de ley.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla.

Parágrafo.- Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece.”

14 Así reza la norma: Artículo 144 del C. de P.C. **“Saneamiento de la nulidad.** La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos. 1º.- Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente. (...).

15 Dicha disposición prevé: Artículo 145 del C. de P. C. **“Declaración oficiosa de la nulidad.** En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declararla de oficio las nulidades insaneables que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1 y 2 del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará.

16 Tal norma dispone: Artículo 358, inciso 4º, C. de P. C. **“Examen preliminar.** ... Tratándose de apelación de sentencia, el superior verificará si existen demandas de reconvención o procesos acumulados, y en caso de no haberse resuelto sobre todos enviará el expediente al inferior para que profiera sentencia complementaria. Así mismo, si advierte que en la primera instancia se incurrió en causal de nulidad, de oficio la pondrá en conocimiento de la parte afectada, o la declarará, y devolverá el expediente al inferior para que renueve la actuación anulada, según las circunstancias...”.

indicadas también deberá aplicar el procedimiento a que se ha hecho referencia. Cabe advertir que en el evento de que sea menester declarar la nulidad de lo actuado en razón de que el afectado así lo solicite dentro del término de traslado, no se afectarán las pruebas válidamente decretadas conforme lo dispone el artículo 146¹⁷ del Código de Procedimiento Civil. De otra parte, en los casos en que se advierta la falta de vinculación al proceso de quienes han debido comparecer antes de dictarse el fallo de primera también podría darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 83¹⁸, ibidem, considerando que la aplicación de dicha norma permitiría que la actuación resulte menos dilatada.

III. CONCLUSIONES

La reseña de los anteriores temas pone de presente la existencia de un cierto grado de dificultad en el trámite de las acciones populares que en alguna medida podría conducir a disminuir su eficacia y, por ende, la consecución del supremo propósito que guió al constituyente de 1991 en su formulación e implementación.

Siendo la acción popular uno de los elementos estructurales de la conceptualización del Estado Social de Derecho, que en la actualidad sirve de norte o derrotero a la organización social y política que nos rige, es necesario preservarla al máximo para que su finalidad

17 Así reza la norma: Artículo 146 C. de P. C. **“Efectos de la nulidad declarada.** La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla.

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse, y condenará en costas a la parte que dio lugar a ella.

18 Tal disposición prevé: Artículo 83 C. de P. C. **Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.** Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

Si alguno de los citados solicitará pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.

en ningún caso se debilite o se distorsione por la concurrencia de obstáculos formales de menor significación.

En tratándose de acciones constitucionales como las reguladas en el Título II, Capítulo IV, artículo 83 y siguientes de la Carta Política, debe operar con mayor fuerza la aplicación del principio contenido en el artículo 228 superior, según el cual en las actuaciones judiciales debe darse prevalencia a los derechos sustanciales que estén en discusión, lo cual supone la necesidad de que el juez adopte todas las medidas a su alcance para superar los impedimentos adjetivos que obstaculicen su labor.

La necesidad de preservar los derechos e intereses colectivos impone la aplicación rigurosa de la anterior regla, máxime si se tiene en cuenta que entre las orientaciones de mayor valor que relaciona el artículo 1º constitucional, está el de la prevalencia de ese tipo de intereses sobre los meramente individuales.

De manera que, en materia probatoria, el entendimiento que debe guiar la actuación del juez es el de decidir desestimatoriamente en torno a la alegada afectación de un interés comunitario, solo si adquiere la certeza de que la protección no se amerita ante la plena prueba de que la violación ha quedado suficientemente descartada, lo cual evidencia la necesidad de que en esta materia el juez desarrolle una labor marcadamente activa y diligente para ilustrar su decisión, despejando las dudas que puedan subsistir.

No cabe duda de que la importancia de las acciones populares, por la finalidad que persiguen, –como lo es la defensa de los derechos e intereses colectivos–, ha propiciado una activa participación ciudadana ante los estrados judiciales, los cuales en la actualidad se encuentran congestionados por el cúmulo de expedientes que se tramitan, situación que ha generado una especie de reacción no solo en el seno de la administración pública, la que normalmente funge como demandada, sino en el ánimo de los jueces del conocimiento que se manifiesta en la intención de limitar la proliferación de estas acciones, lo cual no deja de ser preocupante por cuanto ello, a no dudarlo, podría conducir a desconocer la finalidad constitucional que motivó su consagración.

Los proyectos de reforma a las acciones populares que se traman deben evaluar con mucha objetividad la conveniencia de “desin-

centivar” el ejercicio de este instrumento constitucional, sobre la consideración de que puede resultar más dañoso para la vigencia de los principios fundamentales que inspiran nuestra Constitución, el que se cercene uno de los mecanismos judiciales más idóneos y efectivos existentes, que el propugnar por la descongestión de los despachos judiciales por la vía o a costa de limitar o “racionalizar” la interposición de las acciones populares.

Es inaplazable la necesidad de consagrar un mecanismo unificador de las decisiones que adopten los tribunales y los jueces administrativos en materia de acciones populares, tanto a nivel sustantivo como a nivel procesal. La importancia de la acción impone la necesidad de instituir un recurso con esa finalidad. No puede permitirse que la jurisprudencia se disagregue lo cual seguramente sucederá, en el corto plazo, si no se establece una instancia unificadora que necesariamente debe radicarse en el Consejo de Estado, el que además deberá conocer asuntos de señalada importancia por vía de recursos, o porque los pueda asumir directamente, o a instancias del Ministerio Público o de otros entes de control.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ramiro Saavedra Becerra
Presidente Consejo de Estado

INTRODUCCIÓN



ebido a los fallos condenatorios que la Corte IDH ha emitido contra Colombia y a la mención que en estos se hace respecto de la participación negativa de la justicia colombiana en dichos casos (especialmente por la mora judicial), es necesario entender el sistema de responsabilidad internacional aplicado por este Tribunal internacional, para así poder adoptar una posición al respecto.

Lo primero que hay que anotar, es que la responsabilidad internacional no puede ser ubicada dentro de los regímenes de la responsabilidad administrativa (contractual y extracontractual), que comúnmente maneja la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; pueden existir ciertos acercamientos entre uno y otro sistema, pero el sólo enfoque de cada uno varía de forma considerable.

Basta con mencionar que mientras para la responsabilidad administrativa, el principal elemento a analizar es la consecuencia nociva o detrimento patrimonial sufrido por la víctima (el daño), para la responsabilidad internacional, el punto de partida y objeto principal de estudio, es la conducta del Estado contraria al ordenamiento jurídico internacional (hecho internacionalmente ilícito).

En síntesis, con este trabajo se pretende dar una mirada rápida a la concepción de la responsabilidad para la Corte IDH, partiendo del concepto clásico de responsabilidad internacional, para concluir cuál es el papel de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa frente a estos conceptos. Por último, se hará un análisis respecto de la forma de reparación de los perjuicios que maneja esta Corte IDH, de acuerdo a su jurisprudencia y en especial, a los casos concretos en los que se ha declarado la responsabilidad del Estado colombiano.

1. FUENTE Y ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL -HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO-

La responsabilidad en el ámbito internacional, es una de las consecuencias lógicas de la infracción de una norma del ordenamiento jurídico internacional, por la conducta activa u omisiva de un Estado, es decir, es la sanción al comportamiento contrario a una obligación asumida en el plano de las relaciones interestatales, lo cual, de la misma forma que en el Derecho interno, implica el nacimiento de una nueva obligación, que es la reparación.

Desde un principio, el concepto de responsabilidad en la sociedad internacional, fue de fácil recibo, por la relación de “igualdad” que se supone ha existido entre los diferentes Estados: en el Derecho Internacional clásico, cuando se empiezan a concebir los Estados como autónomos y soberanos entre sí, las relaciones interestatales surgen en un plano horizontal, por lo que los daños causados por parte de un Estado a otro, siempre exigían una reparación¹.

Esta concepción especial de la responsabilidad, que implica la actuación de un Estado en contra de una norma de Derecho Internacional, es un principio fundamental de este Derecho, porque además de buscar la justicia entre las naciones, es el principal aliciente para que los Estados cumplan con los compromisos internacionales que hayan

1 En el Derecho Interno, el nacimiento de la responsabilidad estatal fue totalmente diferente, ya que las relaciones con los ciudadanos siempre se han visto en un plano vertical, por lo que la posibilidad de que los agentes estatales tuvieran la obligación de reparar, fue un logro del Estado de Derecho; anteriormente, primaba el principio “the king can do not wrong”, que implicaba la irresponsabilidad total del Estado en el desarrollo de sus funciones. Ver entre otros: García de Enterría, Eduardo – Fernández Ramón, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. España: Editorial Thomson Civitas, Tomo II, 2004, págs. 359 y ss.

asumido. Sin la existencia de esta institución, la sociedad internacional no tendría por qué someterse a un ordenamiento jurídico universal².

Es así como la conducta de un Estado contraria a una obligación asumida por un tratado (bilateral o multilateral), o asumida por la práctica y conciencia de su obligatoriedad (costumbre), se constituye en lo que se considera la fuente de la responsabilidad internacional, que es el HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO³. Al respecto, el proyecto de resolución de la Asamblea General de la ONU, sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos señala⁴:

“Artículo 1: Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

“Artículo 2: Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción a (sic) omisión:

Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y constituye una violación de una obligación internacional del Estado.”

Concebida de esta forma la responsabilidad internacional, se puede decir que el juicio de responsabilidad, que en un momento dado debe guiar a las Cortes y Tribunales internacionales, está sujeto a la verificación de los siguientes elementos: i) La existencia y vinculación de la disposición de Derecho Internacional supuestamente vulnerada, para el posible Estado infractor; ii) Que haya una conducta contraria a las obligaciones impuestas por la disposi-

2 *Este principio se reconoce de una manera general en la práctica internacional... su negación implicaría la destrucción del derecho internacional, puesto que el no admitir la responsabilidad consiguiente a un en-tuerto suprimiría el deber de los Estados de comportarse según el derecho internacional.*’ Citado por: Piza Rocafort, Rodolfo E. Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos. Costa Rica: Universidad Autónoma de Centroamérica, 1989, pág. 53.

3 *“Los comportamientos de los sujetos del D.I., que se traducen en actos en sentido lato (abarcando, pues, toda conducta consistente en una acción o en una omisión), son susceptibles de ser valorados desde el punto de vista de su conformidad o contrariedad con dicho ordenamiento jurídico: en este último caso, se habla comúnmente de los actos ilícitos, generadores de ciertas consecuencias jurídicas negativas para el propio sujeto a quien le son atribuibles, de entre las cuales la más característica junto a otras posibles, como la inoponibilidad o la nulidad del acto es la responsabilidad internacional.”* M. Díez de Velasco, Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid, 2002, p. 707.

4 Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones Informe de la Sexta Comisión. **“Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos”**. Asamblea General de la ONU, Quincuagésimo sexto período de sesiones, 26 de noviembre de 2001, A/56/589.

ción internacional (factor de imputación material y verificación del daño) y iii) Que la conducta haya sido realizada efectivamente por el Estado (factor de imputación subjetivo).

En cuanto al primer elemento, la norma supuestamente incumplida puede derivarse de cualquiera de las fuentes del derecho internacional: *tratados internacionales* (que pueden ser bilaterales o multilaterales y celebrados con otros Estados u Organizaciones Internacionales); *costumbre internacional*, caso en el cual debe estar probada la práctica reiterativa del Estado al respecto y la “*opinio iuris*” o ánimo obligatorio o vinculante del Estado al realizar dicha práctica; las *resoluciones vinculantes de organizaciones internacionales*, etc.

Es clave determinar aquí, si las obligaciones impuestas por la regulación internacional supuestamente violada, son de medio o de resultado, porque esto determinará el enfoque de análisis del Tribunal (si debe detenerse en el examen de la conducta del Estado o si basta con examinar si se verificó o no un resultado), y de contera, establecer así el régimen de responsabilidad a utilizar (teoría objetiva o subjetiva).

Además de lo anterior, se debe mirar desde cuándo el respectivo Estado se encuentra vinculado a dicha norma y, en el caso en que esté siendo juzgado por un Tribunal Internacional, desde cuándo se tiene la competencia para juzgar a dicho Estado.

En los casos sometidos a la Corte IDH, como órgano de control del cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, la misma Convención es la fuente normativa para definir las obligaciones incumplidas por los Estados, sin dejar de lado otros instrumentos de protección de los derechos humanos, como el protocolo adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988)⁵.

El segundo elemento de la responsabilidad internacional y núcleo base de este juicio, es la imputación al Estado de la vulneración

5 De igual forma se utilizan: La Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); El Protocolo Adicional a la Convención Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990); La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), etc.

de una norma de Derecho Internacional. Respecto de este elemento, debe decirse en primer lugar, que tiene un doble contenido: por un lado, envuelve el factor de imputación material de responsabilidad en el escenario internacional⁶ y por el otro, implica la verificación del daño que debe repararse como consecuencia de la declaración de responsabilidad.

El factor de imputación material de la responsabilidad internacional, se refiere a que se debe demostrar que el Estado acusado haya incumplido las obligaciones asumidas en virtud de la norma vulnerada. Este análisis tiene por objeto la conducta del Estado contraria a una norma internacional, ya que de la prueba de esta conducta nace el hecho internacionalmente ilícito y por ende, la responsabilidad internacional, como se dijo anteriormente.

Ya que este segundo elemento implica la demostración del daño, cabe una explicación adicional: si en el derecho interno (en las relaciones entre individuos o entre estos y el Estado), partimos de la base de que el daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima⁷ o la alteración de las condiciones normales de esta, en materia internacional, el daño vendría a ser el detrimento sufrido por un Estado como consecuencia del incumplimiento de una obligación asumida por otro, por lo que entonces, el daño sería la falta de cumplimiento de la obligación internacional⁸.

6 El factor de imputación subjetivo, que se refiere a que la conducta haya sido realizada por el Estado directa o indirectamente (por su aquiescencia), será el objeto de análisis del tercer elemento.

7 "Veamos algunas definiciones sobre el punto. Para De Cupis, "daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable". Para el tratadista Hinestrosa, "daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el sufrimiento patrimonial que la acongoja". Para Javier Tamayo, "daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial"... Se puede extraer el elemento común de lo hasta aquí expresado para llegar a la siguiente definición: daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima." Henao, Juan Carlos. El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 84.

8 En este sentido, la reparación del daño en materia internacional, vendría a ser el cumplimiento de la misma norma violada, es decir, el restablecimiento del contenido de la norma incumplida. Esta noción de daño, parece acercar a la responsabilidad internacional al fenómeno del débito en materia del Derecho Civil (y la consecuente perpetuación de la obligación), que implica que una vez se verifica el incumplimiento de una prestación, esta no se extingue, sino que se perpetúa, hasta que se satisfaga in natura (la prestación inicial) o mediante el subrogado pecuniario (se transforma).

De esta forma, podría decirse que en la demostración del incumplimiento de la norma internacional (factor material de imputación), está implícita la prueba del daño⁹.

Además de lo anterior, dentro de este elemento se dice que la conducta del Estado puede ser activa u omisiva y, lícita o ilícita para el Derecho interno, puesto que las instancias judiciales internacionales, no se remiten al derecho interno para examinar la licitud de la conducta imputada, ya que pueden existir leyes nacionales contrarias a preceptos del Derecho Internacional.

Una vez se tenga claro que existió una conducta contraria a una disposición internacional, se entra a analizar el tercer elemento, que tiene por finalidad determinar si la conducta vulnerante fue realizada por el Estado acusado. Esto implica la demostración del factor de imputación subjetivo, el cual puede configurarse de forma directa o indirecta; la primera, cuando la respectiva vulneración es efectuada por un agente estatal en ejercicio de sus funciones o valiéndose de ellas, en cualquiera de las Ramas del Poder Público y, la segunda, cuando la vulneración se lleva a cabo por los particulares con la aquiescencia del Estado, bien sea porque se estimuló para ejecutar dicha actuación, o por su falta de vigilancia o acción.

Solamente cuando se demuestran estos tres elementos, se puede hablar de un hecho internacionalmente ilícito, ya que la falta de alguno de ellos impide que se configure la responsabilidad internacional. A ello hay que sumarle además, la fuerza mayor como causa eximente de responsabilidad, que en materia de responsabilidad internacional impide que se dé alguno de los factores de imputación.

9 En este mismo sentido se expresó Roberto Ago, relator de la Comisión de Derecho Internacional de 1963 hasta 1979 y artífice de la Parte I del proyecto de Artículos sobre el Origen de la Responsabilidad del Estado. *“Esta es la tesis de Ago quien en su segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados señala que sólo dos son los elementos necesarios: comportamiento atribuible al Estado como sujeto del Derecho Internacional y la contravención de la norma. A juicio de Ago, toda violación de las normas internacionales constituye de por sí un daño o perjuicio. En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión de Derecho Internacional, quien ha establecido en el artículo 1º del proyecto sobre responsabilidad de los Estados ‘todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de este’....”*. Nash Rojas, Claudio. Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad de Chile Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos LOM Ediciones Ltda., págs. 10 y 11.

2. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS – CORTE IDH

a) Características especiales de la responsabilidad internacional en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El sistema de responsabilidad internacional general, basado en el hecho ilícito, es aplicado igualmente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; sin embargo, el especial objeto de los tratados de protección de los derechos humanos, le otorga un matiz especial a la responsabilidad y la hacen mucho más compleja; este matiz está dado principalmente, por la inclusión del individuo como destinatario de los derechos reconocidos en estos tratados y por la categoría de *“ius cogens”* que se le ha dado a las normas internacionales sobre derechos humanos.

Cuando la sociedad internacional celebra tratados multilaterales que tienen por objeto la protección de los derechos humanos, las relaciones interestatales del Derecho Internacional clásico cambian, pues aparece en este escenario la reivindicación del ser humano como sujeto de unos derechos que son reconocidos y protegidos de forma interestatal.

Por esta razón, cuando un Estado firma un tratado de derechos humanos, adquiere una doble obligación de protección: con su propia población, que son los destinatarios directos de estos instrumentos internacionales y, con los demás Estados participantes que también se obligan de la misma forma, con el único fin de ser garantes de unos derechos que se consideran como de necesario respeto en la región o en el mundo (por ejemplo: regionalmente, América, Europa y África, tienen una Convención de derechos humanos y un órgano judicial de vigilancia y, universalmente, existe el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en 1966). En este sentido la Corte IDH ha dicho¹⁰:

10 CORTE IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie No. 2, párr. 29.

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...”

En virtud de lo anterior, el ilícito internacional en materia de Derechos Humanos tiene una especial característica, la cual es que se desenvuelve, ya no en una relación entre Estados, sino en una relación donde se oponen las víctimas de la violación, frente al Estado infractor; porque si el objeto de los tratados de derechos humanos es la autoprotección de los individuos que están bajo su jurisdicción, la obligación de reparación nacida de la declaración de responsabilidad, va dirigida directamente al individuo como titular del derecho vulnerado¹¹.

Por otro lado, se tiene que las normas internacionales en materia de derechos humanos, son normas de *ius cogens*, es decir, normas obligatorias aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional, que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 53).

La Corte Internacional de Justicia de La Haya se ha pronunciado al respecto múltiples veces, diciendo, por ejemplo, frente a la Convención para la prevención y el castigo del crimen de genocidio, que *“los principios que cobijan esta convención son obligatorios para todos los*

11 Un claro ejemplo de este fenómeno de humanización de la responsabilidad internacional, en donde el individuo se trata como sujeto del Derecho Internacional, se puede encontrar en la última modificación que se hizo al reglamento de la Corte IDH, en el año 2000, en donde se permitió que durante todo el proceso frente a la Corte, las víctimas, sus familiares o sus representantes, puedan presentar solicitudes, argumentos y pruebas, logrando así la condición de parte en el proceso, que no tenían con el reglamento de 1996. Ver: Cançado Trindade, Antonio Augusto y Ventura Robles Manuel E. El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“El reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional”*. San José de Costa Rica: Corte IDH, UNHCR, 2004.

Estados"; de la misma forma, en una opinión consultiva respecto del uso de las armas nucleares y sus tratados, afirmó el carácter de *ius cogens* de algunas normas del Derecho Internacional Humanitario; en el caso *Barcelona Traction*, también encontramos un pronunciamiento al respecto, cuando la Corte definió a los derechos humanos como obligaciones *erga omnes*¹².

La responsabilidad internacional por la infracción de una norma de *ius cogens*, se configura de forma más nítida, precisamente por el carácter imperativo de estas normas, que por su naturaleza no admiten excepción; derechos como el de la vida, la integridad personal, el debido proceso, etc., son normas que claramente se encuadran dentro de esta categoría.

Esta última característica de los tratados de protección de los derechos humanos, implica entonces, un tratamiento objetivo en la concepción de la responsabilidad, en donde no existe un juicio de reproche sobre la conducta del Estado violador, sino que basta con el resultado dañino, ello, en tanto que estas normas, no admiten ningún tipo de excepción.

b) Aplicación de la responsabilidad internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Una vez analizados los pasos a recorrer en los juicios de responsabilidad internacional y determinadas las características especiales que le imprime el manejo de este esquema en la protección de los derechos humanos, se expondrá en seguida, la forma en que se presenta el hecho internacionalmente ilícito en los procesos seguidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En este orden de ideas, la Corte IDH empieza por identificar el primer elemento de la responsabilidad, mediante el análisis de cuatro aspectos referidos a la determinación de su competencia, que son, a saber:

12 'Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1950-1951) Advisory Opinion of 28 may 1951; Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons (1994-1996); *Barcelona Traction, Ligth and Power Company, Limited* (New Application: 1962) *Belgium v. Spain* (1962-1970) Second Phase – Judgment of 5 February 1970.

- Competencia *ratione personae*: en donde se verifica que se trate de un Estado parte de la Convención.

- Competencia *ratione materiae*: en donde se revisa que el objeto de la controversia sea una violación a los derechos humanos reconocidos en el seno de los instrumentos americanos.

- Competencia *ratione loci*: referido a que la violación haya sido cometida en el territorio del Estado denunciado.

- Competencia *ratione temporis*¹³, en donde se verifica que los hechos de la controversia hayan ocurrido con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención y de la aceptación de la competencia por parte del Estado.

Una vez resuelto lo anterior, queda pendiente la determinación del contenido de las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de la Convención, para pasar posteriormente a examinar los demás elementos de la responsabilidad internacional, esto es, la imputación material y subjetiva del hecho internacionalmente ilícito al Estado.

Ahora bien, como el eje del anterior análisis es la determinación de cómo actuó el Estado frente a las obligaciones que le impone la Convención, el contenido de dichas obligaciones es el principal ítem que debe entenderse para poder comprender el juicio de responsabilidad que hace la Corte IDH. Por ello, este título tiene por objeto, identificar ese contenido.

Al respecto, debe decirse que desde la primera sentencia proferida por la Corte IDH (caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 4), quedaron establecidas las obligaciones en relación con las cuales debía configurarse el hecho internacionalmente ilícito frente a los Estados, las cuales se extraen del contenido del artículo 1.1 de la CADH, que son, a saber: RESPETAR los derechos y libertades reconocidos en la convención y GARANTIZAR su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo,

13 Cuando se trata del juzgamiento de Colombia por la Corte IDH, se debe verificar que los hechos hayan ocurrido después del 31 de julio de 1973, fecha desde la cual Colombia es parte de la convención y, después del 21 de junio de 1985, fecha en la que se aceptó la competencia de la Corte.

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Estos dos compromisos se constituyen en la posición que asumen todos los Estados parte de la Convención, respecto de los derechos contenidos en ella, por lo que entonces, para que se configure la responsabilidad internacional de un Estado por la vulneración de cualquier derecho reconocido en este instrumento, es decir, para que le sea imputable a éste, dicha vulneración (“*para que se configure el hecho ilícito*”), la conducta del Estado debe encasillarse en el incumplimiento de alguna de estas dos obligaciones¹⁴, que como se verá en seguida, gracias al desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, tiene un contenido bastante amplio.

En cuanto al deber de RESPETO, este se ha concebido como una obligación de NO-HACER, es decir, un mandato negativo dirigido a todos los agentes del Estado, para que no interfieran en el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Esta obligación asumida por el Estado implica un deber de resultado que exige, en materia de responsabilidad, que baste con la sola prueba del incumplimiento, sin necesidad de analizar la forma de participación del Estado en el hecho vulnerante, para que se pueda imputar la violación de la Convención.

Es muy importante anotar aquí, que el incumplimiento de esta obligación sólo puede ser atribuida al Estado, cuando la vulneración de los derechos fue realizada por uno de sus agentes directamente (obviamente, de cualquier Rama del Poder Público), por lo que son estos los destinatarios del deber de abstención que manda la norma.

14 “*El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.*” Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 72; Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 63 y otros, citado en: Caso Masacre de Mapiripán. Sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 108

En cuanto a la obligación de GARANTÍA del ejercicio libre y pleno de los derechos reconocidos por la Convención, ha dicho la Corte IDH que se refiere a una obligación de hacer, que implica la obligación para el Estado de tomar todas las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos sin ninguna interferencia de terceros. En este sentido la Corte IDH ha dicho¹⁵:

"166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

"167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos."

Con base en el anterior desarrollo jurisprudencial, que le impri-
me a la obligación de GARANTÍA un especial dinamismo a car-
go del Estado, se extraen dos deberes adicionales intrínsecos a esta
obligación, un deber de prevención y un deber de reacción, los cuales
se pasan a explicar a continuación:

El deber de PREVENCIÓN implica adoptar todas las acciones tendientes a impedir violaciones de derechos humanos, dentro de lo cual se examinan las políticas de difusión y educación sobre los derechos humanos, la sensibilización de las fuerzas armadas en esta materia, el efectivo cumplimiento del fin de prevención general de la pena (que implica un aislamiento de aquellas personas que violan constantemente los derechos humanos), la efectiva labor de inteligencia de la policía que impida llevar a cabo actos violentos, etc.

15 Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, serie C Noº 4, párr. 166 y 167.

En cuanto al deber de REACCIÓN supone que una vez se verifique una violación de los derechos humanos, el Estado debe utilizar todas las herramientas a su alcance (en todos los niveles del poder público), para investigar, identificar y sancionar a los culpables de la violación. Pero no basta con que las autoridades correspondientes cumplan con las anteriores finalidades, es necesario que estas se lleven a cabo de forma eficaz y expedita.

En el análisis del cumplimiento de este último mandato, la Corte se vale de una figura llamada “*plazo razonable*”, que le ayuda a determinar cuan célebre es la justicia en el caso concreto¹⁶. Según la jurisprudencia de la Corte IDH, que trajo a colación la jurisprudencia del tribunal europeo, para determinar si un plazo de decisión por la justicia interna es “*razonable*”, se deben tener en cuenta varios aspectos, tales como la complejidad del asunto, la actuación de las autoridades y la actuación de las partes; contrario sensu, ha señalado la Corte que es posible justificar una demora judicial, si se prueba que esta se debe a la complejidad del caso o a la conducta de las partes.¹⁷

En el cumplimiento de este deber de reacción, es donde se ve, de forma más nítida, la participación de las otras Ramas del Poder Público diferentes a la ejecutiva, en especial la Rama Judicial y dentro de esta, con un papel preponderante, la Justicia Penal y la Contenciosa Administrativa¹⁸.

En síntesis, la infracción a este deber de garantía (que implica un mandato de prevención y reacción), significa que el Estado pueda ser declarado responsable, no siendo este el autor material de la vulneración, en dos hipótesis específicas:

- Cuando la vulneración proviene de acciones de particulares con la aquiescencia del Estado, por el simple conocimiento e inac-

16 “*El derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino que este debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la presunta víctima o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables*” Corte I.D.H., Caso Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador, Sentencia 1º de marzo de 2005, párr. 66.

17 Ibídem. Párrs. 67 y 69; Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 72.

18 Respecto de la participación de esta última, se hará un análisis detenido más adelante.

ción¹⁹ de las autoridades o por la incitación de estas, otorgando herramientas para llevarlas acabo.²⁰

- Cuando se realiza por funcionarios públicos, en acciones por fuera de sus funciones, pero valiéndose de su autoridad.

Además de lo anterior, esta obligación de GARANTÍA tiene una característica adicional que atenúa la exigencia de diligencia que esta obligación de medio supone, la cual se refiere a que la responsabilidad internacional del Estado debe entenderse en el contexto en que se encuentra. Esto es fruto de que los tratados de derecho internacional sobre derechos humanos evolucionan conforme a las condiciones de vida de los pueblos, por lo cual, al interpretar la Convención debe hacerse conforme a las situaciones que se viven en el momento²¹.

19 “Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevaleidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 172; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 181-182.; Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 56.

20 “A pesar de que Colombia alega que no tenía la política de incentivar la constitución de tales grupos delincuenciales, ello no libera al Estado de la responsabilidad por la interpretación que durante años se le dio al marco legal que amparó a tales grupos “paramilitares”, por el uso desproporcionado dado al armamento que les entregó y por no adoptar las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las referidas actividades delincuenciales, aunado a que las propias autoridades militares de Puerto Boyacá incentivarón al grupo de “autodefensa” que tenía control en dicha zona a desarrollar una actitud ofensiva ante los guerrilleros, tal y como sucedió en este caso, pues se consideraba que los comerciantes brindaban colaboración a los grupos guerrilleros.” Corte IDH, Caso 19 comerciantes, Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 124.

21 “Asimismo, la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”. Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán Sentencia de septiembre de 2005, párr. 106.

c) La posición de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ante los juicios de responsabilidad de la Corte IDH

Como se dijo anteriormente, es en el mandato de reacción dentro de la obligación de garantía, que la Rama Judicial tiene una gran participación, pues es aquí donde la administración de justicia asume los compromisos acordados en el seno de la CADH por el Estado colombiano.

Es innegable que la Justicia Penal es la que en mayor medida debe adecuar su conducta al cumplimiento de los fines anteriores, pero no hay que olvidar que el sujeto activo que se juzga por la Corte IDH es el Estado, cuyo control interno judicial está en manos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por ello, es esta la que debe proteger en primer lugar, los derechos de los ciudadanos de las actuaciones estatales.

En este sentido, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es garante de la CADH, cuando un particular acude ante ella para pedir una indemnización de perjuicios por actuaciones en las que se ve, directa o indirectamente, involucrado un agente estatal, caso en el cual, debe asumir las siguientes posiciones respecto de los compromisos de Colombia frente a la Convención:

- En cuanto al deber de GARANTÍA, la Jurisdicción Contencioso Administrativa hace parte de los instrumentos estatales de REACCIÓN ante la violación de derechos humanos, lo que le impone la obligación de solucionar el litigio de la forma más eficiente posible, porque de lo contrario, estaría participando de forma indirecta en la vulneración de la Convención, al no satisfacer el deber de investigación y sanción de los infractores directos de los derechos en conflicto.
- En cuanto al deber de RESPETO, la Jurisdicción se convierte en protector del derecho a unas “garantías judiciales”, consagradas en el artículo 8º de la Convención²², que implica resolver el litigio

22 ARTÍCULO 8.1. 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.” CADH.

gio propuesto dentro de un plazo razonable (en los términos ya explicados). Una conducta contraria a ello, implicaría una vulneración directa de la Convención, por un agente del Estado.

La conducta que debe desplegar la Jurisdicción para satisfacer estas dos obligaciones, es la misma: se trata de buscar las herramientas legales necesarias que permitan, en estos casos en donde existen flagrantes violaciones de derechos humanos, tener un mayor grado de diligencia para su pronta y eficaz solución. En este sentido se proponen dos herramientas que podrían ser muy útiles al respecto: La primera, referida a la introducción del discurso de derechos humanos en las sentencias de reparación directa y, la segunda, referida al uso de oficio, de la figura de la prelación de fallo.

En cuanto a la primera herramienta, se tiene que la Constitución Política ordena a las autoridades públicas proteger la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas. En el caso de la jurisdicción administrativa, dicha protección se desarrolla desde el artículo 2 de la Constitución Política, pasando por la cláusula general de responsabilidad del artículo 90 de la misma Carta, hasta las reparaciones individuales que cada juez administrativo lleva a cabo en aquellas decisiones que reconocen la responsabilidad de la administración por algún daño.

Como esta referencia a los derechos de las personas es un principio *implícito* dentro del esquema de la responsabilidad administrativa, el juez no ha tenido la necesidad de acudir a él cada vez que repara el derecho de una víctima, razón por la cual, muchas veces, no se entiende que las sentencias de la jurisdicción sean mecanismos de protección de derechos humanos, sino de simple análisis de responsabilidad administrativa.

Igualmente, para el particular, las reflexiones sobre la imputación de responsabilidad administrativa, no se muestran como una herramienta de defensa clara, ante las violaciones de los derechos humanos perpetradas por agentes estatales, pues aunque se condena al Estado por la muerte de una persona, dicha condena se funda en la reparación directa del daño causado, sin hacer exacta referencia al bien jurídico vulnerado; diferencia que de todas maneras no incide en el resultado.

Por lo tanto, para lograr una mayor comprensión del fundamento y objetivos del régimen de responsabilidad administrativa imperante en Colombia y, por contera, lograr una mejor satisfacción de los derechos de los ciudadanos, la jurisprudencia debe desarrollar en mayor medida los conceptos finalísticos de protección a la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas, sin descuidar el tan notable avance de nuestro régimen de responsabilidad.

De esta forma, se aclarará ante los ciudadanos y la comunidad internacional, que el régimen de responsabilidad administrativa que ha tenido tanto avance en la jurisprudencia, no está apartado de la protección de los derechos humanos reconocidos y garantizados por el Estado, sino que simplemente se trata de un esquema distinto, que también sirve de medio para la protección de estos derechos.

Además de lo anterior, la introducción del discurso de los derechos humanos a la jurisprudencia administrativa en materia de reparación directa, implica una labor de educación frente a los destinatarios directos de los fallos en esta materia, que son los agentes estatales, porque se estará desarrollando la forma en que se entrelazan las actividades administrativas con los derechos de los ciudadanos. De esta forma, los fallos judiciales seguramente lograrán una decisión que se acerca más al lenguaje y realidad del ciudadano común.

En virtud de lo anterior, se mostrará el papel que cumple la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como mecanismo protector de los derechos ciudadanos, el cual se ha mantenido latente, por el especial enfoque que implica el esquema de responsabilidad que se maneja aquí.

Respecto de la segunda herramienta, que es el uso de oficio de la prelación de fallo, se tiene que, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, comprendido dentro del capítulo relativo a la eficiencia en la justicia, el orden para proferir las sentencias es el mismo con el que llegan los procesos a despacho para ser fallados. Sin embargo, esta regla tiene sus excepciones, contándose, entre ellas, la trascendencia social o jurídica del asunto por fallarse.

Si bien la violación de derechos humanos hace referencia a una situación individual, diversos aspectos pueden hacer que el asunto tenga una trascendencia social, por ejemplo, cuando la violación haya sido en contra de un grupo extenso de personas (como masacres), o que la forma misma de la violación, en razón a la degradación de la persona humana y la deslegitimación de la fuerza pública, impacte al colectivo (como desapariciones, torturas, etc.).

Por estas razones, la prelación de fallo es una herramienta efectiva para hacerle frente a los compromisos asumidos por Colombia en el seno de la CADH, siendo además la principal herramienta para combatir la violación directa del artículo octavo de la convención respecto de las garantías judiciales, porque se cumpliría de mejor forma el llamado “plazo razonable” para emitir las decisiones judiciales.

Así lo ha considerado la Sección Tercera del Consejo de Estado, al adoptar la prelación del fallo en aquellos procesos relacionados con masacres o violaciones de derechos humanos similares, como una forma de contrarrestar, por una parte, las condenas por violación del plazo razonable y, por otra, el desplazamiento de la jurisdicción nacional por parte de una Corte Internacional que no dimensiona el contexto del derecho interno.

Por último, debe decirse que es un hecho irrefutable la congestión que sufre nuestra jurisdicción, más aun en el caso de los asuntos de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, contamos con herramientas legales que pueden permitir que casos de violación de derechos humanos, salten el obstáculo de la actual congestión judicial, proveyendo de esta manera una solución pronta, sin que se espere el pronunciamiento de una Corte Internacional que, por su laxitud en aspectos probatorios y de imputación, emitan condenas más rápidas y exageradas, perjudicando así los intereses de la Nación.

3. LA TIPOLOGÍA DE LOS DAÑOS EN LAS REPARACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA Y DEL CONSEJO DE ESTADO

Si bien, puede afirmarse que el concepto de reparación del daño, en muchas cuestiones es asimilable entre ambos Tribunales, cada cual también tiene sus particularidades.

Como ya lo hemos visto, las causales de imputación no son iguales y la forma mediante la cual se determina la responsabilidad difiere en los dos organismos judiciales.

En relación con la idea misma de la reparación y sus principios guías, tanto la Corte Interamericana como el Consejo de Estado, mantienen una misma corriente. En este sentido la Corte Interamericana ha expresado:

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno²³”.

Para la Corte IDH, el término reparación comprende:

“Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores²⁴.”

En una idea asimilable, el Consejo de Estado ha contemplado que la reparación del daño debe ser una reparación integral:

“El daño debe ser indemnizado de acuerdo con el postulado de la reparación integral que debe presidir todo el tema de la responsabilidad²⁵”.

23 Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123, párr. 122.

24 Corte IDH, Caso Ceasar, *supra*, párr. 123.

25 Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp: 10.605 de octubre 9 de 1997.

Ahora bien, en los tipos de daño, la cuestión varía dependiendo de la tipología de que se trate. En cuanto al daño material, el Consejo de Estado utiliza los componentes de daño emergente y lucro cesante.

La Corte Interamericana mantiene la misma clasificación aunque, si bien en un principio, se dio la misma denominación al lucro cesante²⁶, actualmente este tipo de daño se llama pérdida de ingresos²⁷. En este sentido, la Corte ha dicho que el daño material es “*la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y, en su caso, de sus familiares, (sic) y los gastos efectuados como consecuencia de los hechos en el caso*”²⁸.

De esta forma, se mantiene casi una total identidad en tales conceptos.

Cabe aclarar que a partir del año 2003²⁹, la Corte IDH modificó su forma de reparar, reduciendo todos los aspectos susceptibles de reparación en tan sólo dos clases de daño: El daño material y el daño inmaterial. Si bien este cambio de la Corte no es una patente de corzo, sí ha permitido reducir el ámbito de la tipología del daño en el tribunal interamericano.

En el tema de la tasación del lucro cesante, la Corte Interamericana la lleva a cabo de acuerdo con los ingresos laborales que hubiera obtenido la víctima en su vida laboral probable (si ha sido asesinado o ha sufrido una desaparición forzada). Así mismo, en los casos en los cuales la víctima no ha sido asesinada o desaparecida, sino que sufrió unas lesiones que disminuyeron su capacidad laboral, el lucro cesante dependerá de las sumas dejadas de percibir desde el momento en que se produjo el daño.

Este rubro se calcula teniendo como base el salario devengado, prestaciones legales y extralegales y otros beneficios económicos que pudiera percibir con referencia a su relación laboral al momento de producirse el hecho ilícito internacional, esto hasta la fecha de su jubilación laboral; de allí en adelante, se tendrá en cuenta la pen-

26 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7

27 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 150

28 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, *supra* nota 5, párr. 220.

29 Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101

sión hasta el momento de la muerte natural, teniendo como marco la expectativa probable de vida en cada país, según el caso³⁰.

Si la víctima está desempleada al momento en que se produjo el daño o, si sus condiciones económicas y laborales son tan limitadas que no permiten obtener mensualmente el salario mínimo del país respectivo, se toma como base de liquidación el salario mínimo legal o la canasta básica alimentaria, según sea la cifra mayor en cualquiera de estos dos casos³¹ (aquí vale la pena hacer un paréntesis, pues la propia Corte IDH contradijo su jurisprudencia en el caso del Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay³², ya que en dicho fallo se reparó con sumas que estaban muy por debajo del salario mínimo de ese país). A esta suma la Corte ha optado por deducir un 25% al total del monto, por concepto de los gastos personales que la víctima hubiere realizado si se encontrare con vida.³³

30 “47 Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el cálculo del lucro cesante debe hacerse considerando dos situaciones distintas. Cuando el destinatario de la indemnización es la víctima afectada de incapacidad total y absoluta, la indemnización debe comprender todo lo que dejó de percibir con los ajustes correspondientes según su expectativa probable de vida. En este supuesto, el único ingreso para la víctima es lo que habría recibido como importe de ese lucro cesante y que ya no percibirá.

48. Si los beneficiarios de la indemnización son los familiares, la cuestión se plantea en términos distintos. Los familiares tienen, en principio, la posibilidad actual o futura de trabajar o tener ingresos por sí mismos. Los hijos, a los que debe garantizarse la posibilidad de estudiar hasta una edad que puede estimarse en los veinticinco años, podrían, por ejemplo, trabajar a partir de ese momento. No es procedente, entonces, en estos casos atenerse a criterios rígidos, más propios de la situación descrita en el párrafo anterior, sino hacer una apreciación prudente de los daños, vistas las circunstancias de cada caso.

49. Con base en una estimación prudente de los ingresos posibles de la víctima durante el resto de su vida probable y en el hecho de que en este caso la indemnización está destinada exclusivamente a los familiares de Manfredo Velásquez mencionados en el proceso, la Corte fija el lucro cesante en quinientos mil lempiras, que se pagarán a la cónyuge y a los hijos de Manfredo Velásquez en la forma que después se precisará”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de Reparaciones, 21 de julio de 1989, párrs 47 a 49; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz. Sentencia de Reparaciones. 21 de julio de 1989; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe. Sentencia de Reparaciones. 10 de septiembre de 1993, entre otras.

31 “La Corte basó sus cálculos tomando como salario base un monto no menor al costo de la canasta alimentaria básica por ser una cantidad superior al salario básico rural al momento de los hechos Corte” IDH Caso el Amparo, Sentencia de Reparaciones. 14 de septiembre de 1996, Párr. 28.

32 Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

33 “Con base en la información recibida y los cálculos efectuados por el actuario designado ad effectum, la Corte calculó que la indemnización que corresponde otorgar a cada una de las víctimas o sus familias, se basa en la edad que tenían aquellas al momento de la muerte y los años que les faltaban para llegar a la edad en que se calcula la cifra de la expectativa normal de vida en Venezuela o el tiempo que permanecieron sin trabajar en el caso de los dos sobrevivientes. La Corte basó sus cálculos tomando como salario base un monto no menor al costo de la canasta alimentaria básica por ser una cantidad superior al salario básico rural al momento de los hechos. Una vez efectuado dicho cálculo, se le aplicó una deducción del 25% por gastos personales, como lo ha hecho en otros casos. A ese monto se le sumaron los intereses corrientes desde la fecha de los hechos hasta el presente”. Corte IDH Caso el Amparo, Sentencia de Reparaciones, infra, Párr. 28. Igualmente, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caballero Delgado. Sentencia de Reparaciones. 29 de enero de 1997; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Garrido y Bairagorra. Sentencia de Reparaciones. 27 de agosto de 1998; entre otras.

Las diferencias entre la Corte IDH y el Consejo de Estado en este tema, se encuentran en las metodologías de tasación, por cuanto que el cálculo que hace el Consejo, a diferencia de aquel utilizado por la Corte IDH, se efectúa mediante una metodología que permite distinguir entre los perjuicios causados y futuros, tanto en el lucro cesante como en el daño emergente.

Otra diferencia es que la indexación de las sumas ordenadas por el Consejo de Estado, se indexan mediante una fórmula matemática que se aplica a cada uno de los rubros, mientras que la forma de indexación que utiliza la Corte IDH, es la asignación de la reparación en dólares o euros, pagados a la tasa de cambio del día anterior al desembolso, de acuerdo con la bolsa de Nueva York. Además, estos pagos están exentos de impuesto o gravamen (se tiene un plazo de 6 meses para su pago y generan intereses por mora).

Mención aparte merece el concepto de daño patrimonial familiar, reconocido por la Corte IDH dentro del daño material, cuando “*no existe un mecanismo idóneo que demuestre con exactitud la cifra o valor del daño, (ó) se denote de los hechos un detrimento patrimonial evidenciado por factores como los siguientes: un cambio sustancial en las condiciones y calidad de vida que se deriven como consecuencia directa de hechos imputables al Estado; la realización de gastos relacionados con el exilio o con la reubicación del hogar; gastos de reincorporación social; gastos realizados para obtener empleos que fueran perdidos a raíz de las violaciones cometidas por el Estado; gastos relacionados a la pérdida de estudios; pérdida de posesiones, así como el detrimento de la salud física, psíquica y emocional de la familia afectada*”³⁴.

Dentro de nuestro esquema de daños, el concepto anterior cabría dentro de la definición de daño emergente y de daño a la vida de relación, sin embargo, la Corte lo ubica como otro tipo de daño material.

En cuanto al daño inmaterial, aunque existen diferencias, el concepto general de reparación que este envuelve, es una idea semejante para ambos tribunales.

En el tema del daño moral, existe una identidad en las ideas, pues para el Consejo de Estado el daño moral es susceptible de re-

³⁴ Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr 186.

paración cuando ocurre la muerte de un ser querido o, existe un agravio en las personas a raíz de una vulneración de sus derechos fundamentales, una lesión corporal o una injuria bien sea propia o de un ser allegado³⁵. Incluso el Consejo de Estado ha hecho alusión a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en sus consideraciones sobre daño moral.³⁶ Sin embargo, el Consejo de Estado ha avanzado más en este concepto, reconociendo daño moral incluso por la pérdida de bienes materiales.

Para la Corte Interamericana el daño moral³⁷ contiene las siguientes características: *“es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión y resulta suficiente el reconocimiento de responsabilidad efectuado por Suriname en su momento”*³⁸. Cabe resaltar que la Corte no ha mantenido un criterio uniforme frente a la indemnización de este daño, variando desde los U\$ 250.000 en los casos *Godínez Cruz*³⁹ y *Velásquez Rodríguez*⁴⁰ hasta los U\$ 20.000 en el caso *Caballero Delgado*⁴¹. (divididos en partes iguales para los descendientes “si los hubiere” y cónyuge “si la hubiere”). O cerca del millón de dólares en el caso *Benavides Cevallos contra el Ecuador*⁴², (solución amistosa ante la Corte), pues para la Corte no existen topes para la indemnización.

35 Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp: 14.955 de junio 4 de 2004.

36 *“Ahora bien, con respecto al daño moral sufrido como consecuencia de la vulneración a derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que dicho daño se presume, dada la naturaleza misma de las violaciones, así como el hecho de que es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes experimente un sufrimiento moral. Se ha entendido también, que en la medida en que las víctimas hayan sufrido, sufrirán también sus familiares, de allí que la gravedad e intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, constituyen criterios determinantes para valorar el perjuicio sufrido por aquellos”*. Consejo de Estado, Sección Tercera Exp: 21266 de febrero 7 de 2002 y 12812 de noviembre 28 de 2002.

37 Existen algunos sectores de la doctrina que consideran que el daño moral, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es el que da origen a la reparación del daño material. Torres Acosta Luisa A, La Reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos humanos, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998, p. 4.

38 Corte IDH. Caso Aloboetoe y otros vs. Suriname. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Godínez Cruz*. Sentencia de Reparaciones. 21 de julio de 1989.

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez*. Sentencia de Reparaciones. 21 de julio de 1989.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Caballero Delgado*. Sentencia de Reparaciones. 29 de enero de 1997.

42 Corte IDH, caso *Benavides Cevallos*, Sentencia del 19 de junio de 1998.

zación por daños. Mientras que el Consejo de Estado, sí tiene como marco de apreciación la suma de los 100 salarios mínimos legales, suma que no es un límite absoluto en materia de indemnizaciones. Por lo tanto, el daño moral es un concepto casi idéntico, aunque no en su tasación.

En relación con el daño al “Proyecto de Vida”, es una categoría que puede asimilarse en cierta manera a la alteración en las condiciones de existencia⁴³ y al daño en la vida de relación⁴⁴. La Corte IDH, definió este tipo de daño de la siguiente manera:

“...el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

“El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

(...)

“En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave

43 “Esta noción, que puede ser definida según el profesor Chapus como una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos, es bastante utilizada por los fallos franceses.

...

mediante la figura de las alteraciones de las condiciones de existencia el juez francés indemniza una modificación anormal dada al curso normal de existencia del demandante”. Henao Juan Carlos, *Infra*, págs. 252 y ss.

44 “Aquel que rebasa la parte íntima o interna de la persona y le afecta su relación con el exterior, entendida esta no necesariamente desde el punto de vista de las relaciones sociales, sino como se sostuvo en sentencia de 19 de julio de 2000, en sus relaciones con las cosas del mundo externo, pudiendo afectar aun los actos de carácter individual pero exteriores al individuo ya que se trata de un daño extrapatrimonial a la vida exterior” Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp:16205 de agosto 10 de 2005.

menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.

“Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la restitutio in integrum.”⁴⁵.

Así entonces, la Corte IDH, da un matiz económico y tipológico a la merma de condiciones de una persona para lograr el normal desarrollo durante su existencia. Sin embargo, de manera posterior, en el caso *Villagrán Morales o Niños de la Calle*, la Corte IDH, en un retroceso dentro de la tipología de los daños, termina asimilando el proyecto de vida con el daño moral⁴⁶, para posteriormente retomar su antigua posición⁴⁷. Por consiguiente, estos parámetros individuales externos, sujetos a indemnización bajo la inmaterialidad del daño, son equiparables en ambos tribunales.

Si bien hasta ahora los conceptos son asimilables, la principal diferencia entre ambos tribunales radica en el concepto de otras for-

45 Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de reparaciones, párr. 147 y ss.

46 “Los familiares de las víctimas y la Comisión han hecho referencia a diversas clases de daños morales: los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por las víctimas directas y sus familiares; la pérdida de la vida, considerada esta como un valor en sí mismo, o como un valor autónomo; la destrucción del proyecto de vida de los jóvenes asesinados y de sus allegados, y los daños padecidos por tres de las víctimas directas en razón de su condición de menores de edad, al haber sido privadas de las medidas especiales de protección que debió procurarles el Estado.

Teniendo en cuenta las distintas facetas del daño al que se viene haciendo referencia aducidas por los representantes de las víctimas y la Comisión, en cuanto sea pertinente y responda a las particularidades de cada caso individual, la Corte fija en equidad el valor de las compensaciones por concepto de daño moral, que deben efectuarse a favor de cada una de las víctimas directas y de sus familiares inmediatos, en los términos que se indican en el cuadro que se transcribe más adelante (infra Párr. 93). La Corte precisa que, al efectuar esa estimación del daño moral, ha tenido también presentes las condiciones generales adversas de abandono padecidas por los cinco jóvenes en las calles, quienes quedaron en situación de alto riesgo y sin amparo alguno en cuanto a su futuro”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Villagrán Morales (Niños de la Calle)*, sentencia de reparaciones de mayo 26 de 2001, párrs. 89 y 90.

47 Corte IDH, Caso Cantoral Benavides. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.

mas de reparación⁴⁸, mediante las cuales, la Corte IDH puede ordenar formas de reparación tales como la recuperación de la memoria de la víctima, o exaltación y condena al daño cometido. Ejemplo de esto es la edificación de monumentos en honor a las víctimas, los actos de desagravio, el deber de adoptar disposiciones en el derecho interno y el deber de investigar y sancionar a las personas responsables de las violaciones⁴⁹. Dichas facultades no las posee la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Para sintetizar lo expuesto, se mencionarán las determinaciones de la Corte IDH al respecto, en relación con los casos colombianos:

48 Cabe aclarar que si bien es cierto que generalmente, el Consejo de Estado tiene el tope de los 100 salarios mínimos mensuales como parámetro de indemnización, tal límite no es absoluto y en más de una ocasión también el Consejo de Estado Sección Tercera, ha indemnizado sumas mayores a la referida suma. Igualmente, si bien, las reparaciones otorgadas por el Consejo de Estado, son de carácter eminentemente pecuniario, también se ha optado en algunas ocasiones por una reparación en especie. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp: 11842 de julio 19 de 2000 y 13320 de 4 de septiembre de 2003.

49 *"IX Otras formas de Reparación... De conformidad con el resolutivo octavo de la sentencia de fondo dictada el 19 de noviembre de 1999, Guatemala debe realizar una investigación efectiva para individualizar a las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos declaradas en dicho fallo y, en su caso, sancionarlas. La Corte ha afirmado que la obligación de garantía y efectividad de los derechos y libertades previstos en la Convención es autónoma y diferente de la de reparar. Mientras el Estado está obligado a investigar los hechos y sancionar a los responsables, la víctima o, en su defecto, los familiares de esta, pueden renunciar a las medidas de reparación por el daño causado. En definitiva, el Estado que deja impune las violaciones de derechos humanos estaría incumpliendo, adicionalmente, su deber general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción.*

Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y quiénes fueron los agentes del Estado responsables de dichos hechos. "[La] investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad". Además, este Tribunal ha indicado que el Estado "tiene la obligación de combatir [la impunidad] por todos los medios legales disponibles ya que [ésta] propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares".

Por consiguiente, la Corte reitera que Guatemala tiene la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana en el presente caso, identificar a sus responsables y sancionarlos.

En relación con la solicitud relativa a la exhumación del cadáver de Henry Giovanni Contreras, esta Corte considera que Guatemala debe adoptar las medidas necesarias para trasladar los restos mortales de dicha víctima al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos, para satisfacer de esta manera los deseos de la familia de darle una adecuada sepultura, según sus costumbres y creencias religiosas.

En cuanto a la solicitud de nombrar un centro educativo con los nombres de las víctimas, la Corte ordena al Estado designar un centro educativo con un nombre alusivo con los jóvenes víctimas de este caso, y colocar en dicho centro una placa con el nombre de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstraun Aman Villagrán Morales. Ello contribuiría a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas". Corte IDH, Caso Villagrán Morales, Sentencia de reparaciones, infra, párrs. 98 y ss, entre otras.

- A)** Caso “Caballero Delgado y Santana”⁵⁰, en donde se juzga la desaparición y posible muerte de dos profesores sindicalistas, ejecutada por los paramilitares con la aquiescencia del Ejército Nacional, la Corte fijó como reparación la suma de US\$89.500, se concedió la suma de US\$2.000 por concepto de gastos incurridos ante las autoridades y se ordenó al Estado continuar con la búsqueda de los restos y la entrega a sus familiares.
- B)** Caso “Las Palmeras”⁵¹, en donde se juzgó a Colombia por la ejecución de seis personas, la lesión de un menor y el posterior ocultamiento de las evidencias (vistiendo los cadáveres con uniformes militares), en un operativo conjunto entre la Policía y el Ejército, la Corte reconoció por primera vez que la indemnización otorgada por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Colombia, cubrió en parte la reparación del daño, sin embargo, adicionalmente la Corte fijó como suma a indemnizar US\$262.000, sin hacer mucha distinción en las categorías de daño por indemnizar, igualmente reconoció la suma de US\$51.000 como costas.
- C)** Caso “19 comerciantes”⁵², en donde se juzgó a Colombia por la aquiescencia del Estado en el desaparecimiento y posterior asesinato de 19 comerciantes a manos de los paramilitares, la Corte consideró que su propia sentencia ya era una forma de reparación y reconoció, por daño material, una indemnización por US\$1'067.000.000, y por daño inmaterial: US\$80.000 a cada uno de los compañeros o cónyuges de las víctimas, US\$50.000 a cada uno de los hijos y padres de las víctimas, US\$8.500 a cada uno de los hermanos de las víctimas y en materia de costas, se fijó la suma de US\$13.000.
- D)** Caso “Wilson Gutiérrez Soler”⁵³, donde se juzgó la privación injusta de la libertad y la violación de la integridad personal del

⁵⁰ Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31.

⁵¹ Corte IDH. Caso Las Palmeras vs. Colombia. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 noviembre de 2002. Serie C No. 96.

⁵² Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

⁵³ Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

señor Gutiérrez Soler, la Corte tasó el daño material en la suma de US\$135.000, incluyendo en este caso el daño patrimonial familiar. Además US\$304.000 por daño inmaterial y determinó que ninguna forma de reparación puede restaurar el proyecto de vida del señor Gutiérrez Soler. Igualmente, fijó como costas la suma de US\$50.000.

- E) Caso de “Pueblo Bello”⁵⁴, en donde se juzgó al Estado por la desaparición forzada de 37 personas, así como la ejecución extrajudicial de seis campesinos por los paramilitares, al haber reconocimiento de responsabilidad del Estado, las sumas otorgadas a los familiares de las víctimas, oscilaron entre los US\$35.000 y los US\$500 por daño inmaterial, entre US\$80.000 y US\$32.000 por daño material y US\$33.000 como costas.
- F) Caso de “la masacre de Mapiripán”⁵⁵, en donde se condenó al Estado Colombiano por las omisiones de los agentes estatales en la protección de las víctimas de la masacre de 49 personas, realizada por los paramilitares, las reparaciones por concepto de daño material oscilaron entre los US\$350.000 y US\$35.000. Por daño inmaterial entre US\$200.000 y US\$34.000 y como costas la suma de US\$25.000.
- G) En el último caso colombiano, el Aro, Ituango y la Granja⁵⁶, donde se juzgó a Colombia por la aquiescencia de las fuerzas armadas, respecto de las sucesivas incursiones armadas de paramilitares en este municipio, asesinando a civiles y despojando a otros de sus bienes, la Corte fijó las reparaciones por concepto de daño material con sumas entre los US\$12.000 y US\$1.500. Por daño inmaterial entre US\$10.000 y US\$1.500 y como costas la suma de US\$23.000. Como otras formas de reparación se determinaron medidas similares a las anteriores.

Cabe aclarar que en estos últimos casos, la Corte ha manifestado que en sus indemnizaciones ha tenido en cuenta las sumas conce-

⁵⁴ Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

⁵⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

⁵⁶ Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1^a de julio de 2006 Serie C No. 148.

didas por el Contencioso Administrativo de Colombia para tasar el daño, descontando lo ya pagado en tribunales internos.

En todos los casos anteriores, adicionalmente a la indemnización pecuniaria, se ordenaron como formas de reparación, entre otras, las siguientes: la conclusión y avance de los procesos penales llevados en el Derecho interno; la búsqueda de los restos de los fallecidos y desaparecidos; erigir un monumento en memoria de las víctimas en ceremonia pública (caso 19 comerciantes); realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad y desagravio, con presencia de las más altas autoridades del Estado; proporcionar tratamiento médico y sicológico a los familiares de las víctimas; publicar en el Diario Oficial y en un boletín de las Fuerzas Armadas, apartes de la sentencia de la Corte; implementar un programa de formación de acuerdo con los parámetros internacionales en contra de la tortura y fortalecer los mecanismos de control en los centros de detención del Estado (GUTIÉRREZ SOLER); implementar un programa de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el cual puedan participar las víctimas, etc.

Así entonces, una vez vistas las cifras y conceptos utilizadas por la Corte IDH en materia de reparaciones, podemos concluir que la distancia entre los dos Tribunales no es tan amplia, exceptuando el tema de las reparaciones no pecuniarias.

BIBLIOGRAFÍA

- Cançado Trindade, Antonio Augusto y Ventura Robles, Manuel E. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Corte IDH, UNHCR, 2004.
- Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2002.
- García de Enterría, Eduardo; Fernández Ramón, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. España: Editorial Thomson Civitas, Tomo II, 2004.
- Henao, Juan Carlos. *El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Nash Rojas, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad de Chile Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos LOM Ediciones Ltda.
- Rocafort, Rodolfo E. *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos*. Costa Rica: Universidad Autónoma de Centroamérica, 1989.
- Torres Acosta, Luisa A. *La Reparación del daño en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998, p. 4.
- Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones Informe de la Sexta Comisión. Asamblea General de la ONU, Quincuagésimo sexto período de sesiones, 26 de noviembre de 2001, A/56/589.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-2/82* de 24 de septiembre de 1982. Serie No. 2

CASOS CONTENCIOSOS DE LA CORTE IDH

- Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31
- Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C No. 96

- Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109 Corte IDH.
- Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132 Corte IDH.
- Corte IDH, *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134
- Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1º de julio de 2006 Serie C No. 148
- Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, serie C No. 4.
- Corte IDH, *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia 1º de marzo de 2005.
- Corte IDH, *Caso Suárez Rosero*, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35
- Corte IDH, *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.
- Corte IDH, *Caso Villagrán Morales (Niños de la Calle)*, sentencia de reparaciones de mayo 26 de 2001.
- Corte IDH, *Caso Benavides Cevallos*, Sentencia del 19 de junio de 1998. Serie C No. 38.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia del 17 de septiembre de 1997 Serie C No. 33.
- Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname*. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.
- Corte IDH. *Caso Garrido y Bairagorra*. Sentencia de Reparaciones. 27 de agosto de 1998 Serie C No. 39.

- Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay.* Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112
- Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.* Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.* Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago.* Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.

CONCILIACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA*

Héctor J. Romero Díaz

Magistrado del Consejo de Estado, Presidente Sección Cuarta

IV. CONCILIACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO



ntes de que fuera consagrada la procedencia del trámite conciliatorio en el derecho administrativo, en este campo sólo era viable la transacción como mecanismo alternativo de solución de conflictos debido a que “(l)a conciliación hace varios años era inconcebible en los asuntos en los que el Estado fuera parte, primero, por la estructura de la Constitución Política que impedía hacer reconocimientos que previamente no obedecieran a una sentencia y, en segundo lugar, por la mentalidad de nuestros funcionarios, siempre temerosos de encontrarse ante una investigación por el mal manejo de los recursos del Estado”¹.

Sin embargo, en razón de que la transacción, como mecanismo de solución de conflictos en los asuntos en los que el Estado fuera parte no tuvo gran desarrollo –como consecuencia de sustanciales limitaciones que la individualizan como su carácter contractual, la reciprocidad que debe mediar en las concesiones, así como por el ánimo poco transaccional de los litigantes en nuestro medio–, fue

* Texto tomado del libro *“La conciliación judicial y extrajudicial - Su aplicación en el derecho colombiano”*, del autor Héctor J. Romero Díaz, Legis S.A., primera edición, 2006, págs. 164 a 182.

1 Juan Ángel Palacio Hincapié, *La conciliación en materia contencioso administrativa*, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2001, pp. 13 y 14.

necesario consagrar el trámite conciliatorio en materias de las que conoce la jurisdicción contencioso administrativa.

De esta manera, la aceptación de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos en el derecho administrativo fue, en general, inexistente hasta la promulgación de la Ley 23 de 1991, dado que, como se dijo, desde el punto de vista del Estado y de las autoridades públicas era inconcebible permitir acuerdos entre personas de derecho público con particulares, con fundamento incluso en criterios históricos superados, en el sentido de que las personas jurídicas eran incapaces relativos para celebrar contratos de transacción y, por consiguiente, para conciliar.

Sin lugar a dudas, el viejo criterio según el cual sólo es posible que los conflictos en que el Estado intervenga como parte, sean susceptibles de arreglo o solución mediante decisiones de la autoridad jurisdiccional o del arbitraje, ha cedido², para admitir que también a través de arreglos amigables, de concesiones recíprocas, se pueda eliminar o poner fin a una situación litigiosa en la cual sean parte dos entidades del orden estatal³, o una de estas y una o más personas jurídicas o naturales de carácter particular⁴. Desde luego, esto no quiere decir que se pierda de vista que principios como el de la

2 Cfr. Ministerio de Justicia y del Derecho, *La conciliación en el derecho administrativo, op. cit.*, p. 11 y s.s.

3 Este cambio de la cultura litigiosa por una basada en la búsqueda de soluciones amistosas fruto del consenso, se ve claramente expresado en la Directiva Presidencial 02 de 28 de febrero de 2003, según la cual, cuando entre las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional (Vicepresidencia de la República, Ministerios del Despacho, Departamentos Administrativos y Entidades Centralizadas y Descentralizadas del orden nacional), exista un conflicto susceptible de negociación, estas deberán intentar solucionarlos mediante la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, antes de acudir a la vía contenciosa o al arbitraje. Para acudir al trámite arbitral o a la vía procesal en el evento en que el conflicto no pueda ser solucionado a través de la conciliación, de acuerdo con la directiva, se requiere concepto previo de la Dirección de Defensa Judicial del Ministerio del Interior y de Justicia.

4 “La conciliación entendida de manera general es la concreción de una filosofía de diálogo, concertación y solución civilizada de conflictos, fruto del avenimiento y la concordia de las partes, que implica de suyo el reconocimiento del otro como forma del accionar social dando origen a la verdad jurídica por consenso. Cuando en los procesos contenciosos administrativos el Estado acude a ella, está cumpliendo con su función originaria de paz y pluralismo y convoca a la sociedad para seguir su ejemplo. La nueva concepción del Estado colombiano contenida en la Constitución Política en su artículo primero sustenta tal postulado. Durante mucho tiempo no se concibió la posibilidad de la conciliación por parte de las personas jurídicas de derecho público con fundamento en la tesis de la incapacidad relativa de estas para transigir y, por consiguiente, para conciliar. Con fundamento en las disposiciones vigentes –Constitución Política, Ley 23 de 1991, Decreto Ley 2651 de 1991, los decretos reglamentarios 171 y 173 de 1993, Ley 80 de 1993, Ley 192 de 1995 y la Ley 287 de 1996– se introdujo la conciliación en el proceso contencioso administrativo, la cual excluye el concepto de superioridad o de poderes exorbitantes de una de las partes en conflicto.

autonomía privada, no pueden jugar el mismo papel en materias donde los intereses públicos están de por medio, que cuando se trata de asuntos en donde sólo existe interés particular. Se debe, entonces, ser mucho más cuidadoso cuando la materia objeto de conflicto sea de interés general.

Lo anterior no significa, como a veces ocurre, que se proscriba todo tipo de solución de esta clase de conflictos, a través de los medios alternativos que el mismo Estado ha aceptado y consagrado en la legislación. No tendría ningún sentido pensar que la normatividad es buena para los ciudadanos en particular pero mala y reprobable cuando se pretenda aplicarla para el propio Estado que la ha creado. Tampoco puede partirse del supuesto de que a los funcionarios del Estado debe presumírseles de mala fe y que por esa misma razón cualquier arreglo que hagan en nombre del ente público debe quedar cobijado por presunciones de irregularidad, ilegalidad o corrupción. Por lo mismo, figuras como el arbitraje, la amigable composición, la conciliación, deben mantener su vigencia y aplicación en procura de ayudar a la solución de todo tipo de conflictos, sean ellos de carácter público, jurídico o de orden privado. Valga insistir que cuando se trate de lo público, tanto el funcionario que represente al Estado como parte, como los entes de vigilancia y control, deben ser especialmente acuciosos en aras de proteger el interés general, de evitar que se cometan irregularidades, en fin, de que las decisiones o acuerdos a que se lleguen se ajusten a la ley y a la equidad.

En verdad, a diferencia de lo que ocurre cuando se concilia en derecho privado, campo en el cual las partes pueden conciliar todo cuanto a bien tengan, mientras sea susceptible de transacción; en derecho administrativo, dado el carácter de orden público que en

De acuerdo con el artículo 60 de la Ley 23 de 1991, la solución prejudicial del conflicto por las partes supone la legalidad de la transacción jurídica, la cual no debe homologar el juez administrativo solamente cuando resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado o se encuentra viciada de nulidad absoluta, y aunque este aspecto podría suponer una protección mayor del Estado frente a los particulares, esta circunstancia no hace perder a la conciliación su carácter de fuente reguladora de conflictos, porque simplemente supone que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse a la solución jurídica prevista en el ordenamiento vigente y debe obedecer al principio según el cual el Estado no puede reconocer por vía de la conciliación liberalidades. Lo expuesto significa que la conciliación en el derecho administrativo debe estar precedida de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso". Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 22 de mayo de 1997 y auto de 30 de marzo de 2000, expediente 16116.

principio tienen sus disposiciones, en razón no sólo de las personas públicas que intervienen, sino de la índole de ciertas controversias –además del hecho de que la administración no puede hacer sino aquello que le esté expresamente autorizado (artículo 6 de la Constitución Política); la conciliación sólo es viable cuando medie mandato legal que expresamente lo permita, o sea, que procede únicamente en los casos en los que la ley así lo consagre. Además, para ser aprobada judicialmente debe estar respaldada en las pruebas necesarias y no lesionar el patrimonio público (artículo 73 Ley 446 de 1998).

Ahora bien, un sector de la doctrina considera que el hecho de que la conciliación deba estar debidamente sustentada probatoriamente, no significa que el funcionario público llegue al extremo de creer que para poder realizar una conciliación en asuntos contencioso administrativos no debe existir la menor duda acerca del derecho que le asiste al particular, debido a que “[...] no puede moverse con los mismos parámetros que debe seguir para dictar un fallo. Si se exigiera siempre que para conciliar no deba existir duda alguna en materia probatoria, por ejemplo, ni sobre los derechos en discusión, la conciliación se quedaría en el campo de la letra muerta, sin operancia práctica alguna y el juez estaría, en cierto sentido, invadiendo la órbita dispositiva de las partes procesales.

“Precisamente, cuando existen dudas es cuando realmente se abre la posibilidad del acuerdo conciliatorio”⁵.

Sin embargo, otro sector de la doctrina, cuya tesis es la dominante en la actualidad, que por demás, nos parece ajustada a derecho, estima que deben establecerse con absoluta certeza⁶ los hechos que sirven de fundamento al acuerdo conciliatorio⁷ y que de dicha prueba se debe derivar un alto grado de probabilidad de responsabilidad⁸ y, por lo mismo, de condena al Estado –en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes⁹–, para que

5 Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 4 de noviembre de 1996, expediente 12358.

6 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de marzo de 2000, expediente 16116.

7 Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto de 29 de enero de 2004, expediente 3328-02.

8 Artículo 73 de la Ley 446 de 1998.

9 Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 29 de junio de 2000, expediente 17909.

sea aprobada¹⁰ una conciliación en materia contencioso administrativa¹¹.

A) Asuntos sobre los cuales se puede conciliar en materia contencioso administrativa

El legislador colombiano en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, consagró la posibilidad de conciliar total o parcialmente, de manera judicial o extrajudicial, los conflictos de contenido patrimonial o económico, bien que se tratara de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa, o de controversias contractuales.

Con posterioridad, el artículo 6º del Decreto 2651 de 1991 estableció la conciliación para los procesos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado. A partir de la vigencia de este precepto, se extinguíó la posibilidad de conciliar cuando se tratara del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual tuvo fundamento en que ello implicaba conciliar sobre la legalidad del acto administrativo, aun cuando se tratase de un acto de contenido particular. Sin embargo, la jurisprudencia admitió, en principio, la conciliación en materia contractual así mediara un acto administrativo, precisando que la conciliación recaía sobre los efectos del acto y no sobre la legalidad del mismo¹².

En igual sentido, la Ley 80 de 1993, actual Estatuto de Contratación Estatal, prevé en su artículo 68 que, al surgir diferencias en el desarrollo de la actividad contractual, las entidades y los contratistas acudirán al empleo de los mecanismos de solución directa que el mismo Estatuto consagra, entre los que se encuentra la conciliación, tema que nos ocupa.

10 “[V]ale la pena advertir que la conciliación contencioso administrativa constituye, sin duda, un mecanismo valioso en la solución de los conflictos en los cuales se ve envuelto el Estado, no sólo porque borra las huellas negativas del conflicto sino porque contribuye eficazmente a la descongestión de los despachos judiciales. Tal circunstancia, sin embargo, no debe hacer perder de vista el hecho de que, a través suyo, se comprometen recursos del erario público cuya disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios sino que requiere del cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley”. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 29 de junio de 2000, expediente 17909.

11 Consejo de Estado, Sección Primera, auto de 9 de junio de 2004, expediente 2633-01.

12 Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 7633. Cita de Daniel Suárez Hernández en conferencia “Control del juez contencioso administrativo y recursos que proceden frente a sus decisiones en materia de conciliación”, sin publicar.

En suma, la conciliación en materia contencioso administrativa se encuentra regulada por la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto compilatorio 1818 del mismo año, así como por el Decreto 2511 de 1998 –este último para la conciliación extrajudicial–, y la Ley 640 de 2001 que, además, estableció la conciliación como requisito de procedibilidad, cuando dispuso que debía agotarse el trámite conciliatorio antes de iniciar cualesquiera de las acciones consagradas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, es decir, en las acciones de reparación directa como en las derivadas de controversias contractuales¹³.

La conciliación es viable, tanto en las acciones de reparación directa, como en la de nulidad y restablecimiento del derecho, las derivadas de controversias contractuales, así como en los procesos ejecutivos que se tramitan ante la jurisdicción contencioso administrativa, en el caso de que se propongan excepciones de fondo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

I. CONCILIACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA

La conciliación en derecho administrativo, se reitera, en razón del carácter de orden público que tienen sus disposiciones, de las personas que intervienen y de la índole de las controversias sólo

13 El artículo 42 de la Ley 640 de 2001 facultó al Ministerio de Justicia y del Derecho para determinar la entrada en vigencia de la conciliación, como requisito de procedibilidad, para cada distrito judicial y para cada área de jurisdicción, para lo cual deberá tener como base el número de conciliadores existentes en cada distrito judicial para cada área del derecho, con base en el último reporte del Consejo Superior de la Judicatura sobre el número de procesos en cada jurisdicción. En todo caso, cada jurisdicción debe contar, para que entren en vigencia las normas sobre conciliación como requisito de procedibilidad, con un número de conciliadores equivalente por lo menos al 2% del número total de procesos anuales en cada distrito (Decreto 2771 de 2001). El gobierno, mediante Resolución 198 de 27 de febrero de 2002 del Ministerio de Justicia y del Derecho, determinó la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial en derecho, como requisito de procedibilidad, a partir del 31 de marzo de 2002, para acudir ante la jurisdicción de familia en todos los distritos judiciales del país (Antioquia, Armenia, Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Buga, Cali, Cartagena, Cúcuta, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Manizales, Medellín, Montería, Neiva, Pamplona, Pasto, Pereira, Popayán, Quibdó, Riohacha, San Andrés y Providencia, San Gil, Santa Marta, Santa Rosa de Viterbo, Sincelejo, Tunja, Valledupar, Villavicencio y Yopal) y para acudir ante la jurisdicción civil en todos los distritos judiciales, excepto en los de Barranquilla, Medellín y San Andrés y Providencia y, mediante Resolución 0841 de 16 de septiembre de 2002 determinó, a partir del 30 de octubre del mismo año, la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción civil en los distritos judiciales de Barranquilla, Medellín y San Andrés y Providencia. En cambio, no ha hecho lo mismo en relación con la jurisdicción contencioso administrativa ya que, como lo expresa en la Resolución 0841, “los presupuestos para determinar la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se cumplen en ningún distrito judicial del país”, por lo cual, en esta materia no ha entrado a regir la conciliación como requisito de procedibilidad.

es viable cuando la ley expresamente lo autorice (artículo 6 de la Constitución Política).

Dentro del género conciliación en derecho administrativo se ubica la tributaria.

En Colombia, la conciliación para asuntos tributarios, en principio estaba prohibida. En efecto, el parágrafo único del artículo 59 de la Ley 23 de 1991 disponía que no podía haber conciliación en conflictos que versaran sobre carácter tributario. El criterio prohibitivo anterior fue ratificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998. Sin embargo, una consagración normativa diferente, aunque transitória, fue consagrada por las Leyes 633 de 2000¹⁴ y 788 de 2002, en las que se estableció que podía conciliarse en conflictos tributarios¹⁵, Leyes que, en cuanto a este medio de solución de conflictos, regían solamente desde la fecha de su promulgación hasta el 31 de julio de 2001; y hasta el 31 de julio de 2003, respectivamente. Y, el artículo 38 de la Ley 863 de 2003, reglamentado por el artículo 12 del Decreto 412 de 2004, mantuvo el criterio de la anterior, esto es, consagró la conciliación, también con carácter transitorio, como mecanismo de solución de conflictos. En efecto, dispuso el artículo mencionado:

14 “Los artículos 101 y 102 de la Ley 633 de 2000, al permitir una conciliación contencioso administrativa y una terminación por mutuo acuerdo en las correspondientes etapas tanto de la vía contencioso administrativa como de la vía gubernativa, con el objeto de rebajar un porcentaje del mayor impuesto discutido y el valor total de las sanciones e intereses, y en algunos casos de la actualización, se refieren a los contribuyentes y responsables de los impuestos sobre la renta, ventas, retención en la fuente y timbre nacional.

[...] En la misma forma, los artículos 10 y 11 del Decreto 406 de 2001 se refirieron a que los contribuyentes, responsables y agentes retenedores de los impuestos nacionales administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales pueden conciliar o transar, según el caso.

Según las disposiciones citadas, sólo las personas o entidades en su calidad de contribuyentes, responsables o agentes retenedores, son sujetos pasivos de los beneficios comentados. Si bien es cierto que se pueden conciliar las sanciones determinadas en una resolución, tales sanciones deben derivarse de la misma calidad de los sujetos pasivos mencionados.

En consecuencia, las sanciones impuestas por otros motivos como las sanciones a entidades autorizadas para recaudar impuestos, contempladas en los artículos 674 y siguientes, no entran dentro de la conciliación ni del acuerdo porque no provienen del incumplimiento de una obligación tributaria sino de una obligación impuesta por la ley a determinados entes a quienes se les ha encomendado la labor recaudadora”. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, consulta 019445 de mayo 2 de 2001. Yolanda Granados Picon, jefe División Normativa y Doctrina Tributaria.

15 “De conformidad con el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, no puede haber conciliación en asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario. No sobra anotar que a pesar de la prohibición general que trae el artículo en mención, se ha vuelto práctica usual la expedición de leyes que permiten temporalmente la conciliación de asuntos tributarios” Consejo de Estado, Sección Cuarta, Ref.: 250002327000020040128701, N° Interno 14950, PRODUCTOS ROCHE S.A. contra LA DIAN, Auto de enero de 2005.

“Los contribuyentes, responsables y agentes retenedores de los impuestos nacionales, así como los usuarios aduaneros que hayan presentado demanda de nulidad y restablecimiento¹⁶ del derecho ante la jurisdicción contencioso-administrativa antes de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, respecto de la cual no se haya proferido sentencia definitiva dentro de las instancias del proceso, podrán solicitar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales¹⁷ la conciliación hasta el día 30 de junio del año 2004”.

La solicitud de conciliación también puede ser presentada por los deudores solidarios o garantes del obligado y por los infractores cambiarios.

Sin embargo, las facultades para conciliar en esta materia son mucho más restringidas que en otras, aun en el campo del derecho administrativo, lo cual fluye, sin duda alguna, del mismo artículo citado, cuando disponía que si el proceso se encontraba en trámite en primera instancia o era de única instancia y la competencia la tenía un tribunal administrativo, para que cualquiera de las personas a que se refería el artículo trascrito pudiera conciliar, debía pagar previamente el 70% del mayor impuesto en discusión. Así que sólo sobre el 30% restante, más las sanciones, intereses y actualización, era viable conciliar.

Cuando la acción se adelantaba contra una liquidación oficial y se encontraba en el trámite de segunda instancia ante el Consejo de Estado, el porcentaje sobre el cual se podía conciliar disminuía en un 10%, es decir, sólo se podía conciliar el 20% del mayor impuesto discutido, más el valor total de las sanciones, intereses y actualización, siempre y cuando se hubiere pagado el 80%.

La Ley en mención establecía que en materia de tributos nacionales la base sobre la cual se conciliaba era el mayor valor del impuesto discutido. Esto significaba que para fijar los porcentajes sobre los cuales se podía conciliar había que partir de la diferencia entre el monto que el contribuyente declaraba deber y el que la admi-

16 La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, debió haberse presentado antes del 29 de diciembre de 2003.

17 De conformidad con el artículo 4º del Decreto 412 de 2004, la solicitud deberá presentarse ante el Comité de Defensa Judicial y de Conciliación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

nistración le liquidó (artículo 5º Decreto 412 de 2004). Un ejemplo ilustra esta situación, así: si el contribuyente declaraba deber por concepto de impuesto de renta y complementarios \$5.000.000 y la administración le liquidaba \$12.000.000 el porcentaje del 30 o del 20%, según que el proceso se encontrara en primera o segunda instancia, respectivamente, se liquidaba sobre el mayor valor del impuesto discutido que correspondía a la diferencia entre el valor que el contribuyente reconoció en el renglón *total impuesto a cargo* y el que declaró la administración, en el acto que agotó la vía gubernativa, es decir, entre \$5.000.000 y \$12.000.000, de modo que la base del tributo sobre la cual se calcula el porcentaje es de \$7.000.000.

De otra parte, cuando la acción que hubiere dado origen al proceso no se dirigiera contra una liquidación oficial, sino contra una resolución que imponía una sanción independiente tributaria¹⁸, aduanera o cambiaria, sólo se podía conciliar el 50% de la misma y la actualización, en cualquiera de las instancias del proceso, siempre y cuando el demandante haya pagado el 50% del valor de la sanción.

Ahora bien, en el evento de que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales interpusiera recurso de apelación ante el Consejo de Estado, se podía conciliar hasta¹⁹ el 70% del mayor impuesto discutido y el valor total de las sanciones, intereses y actualización o hasta el 70% del valor de la sanción impuesta en resolución independiente, siempre que el demandante hubiere pagado el 30% del mayor impuesto o de la sanción, según el caso. Esta misma regla se aplicaba cuando el recurso de apelación hubiere sido interpuesto por ambas partes y no únicamente cuando la parte recurrente fuera la administración, en virtud, de que pensar en aplicar lo estudiado en los epígrafes anteriores, cuando también apelaba el demandante resultaría casi de imposible aplicación, pero sobre todo porque el

18 Es oportuno resaltar que, de conformidad con el párrafo del artículo 2º del Decreto 412 de 2004, cuando la acción se dirija contra una liquidación oficial en la que además de modificar el impuesto a cargo, se imponga una sanción que no esté relacionada con la determinación del tributo, el demandante debe conciliar en forma independiente el mayor impuesto discutido y la sanción impuesta que no esté relacionada con aquél.

19 La norma establece que se podrá conciliar el 70%, pero en sana lógica debe entenderse que este es el tope máximo, pues pensar que la administración no se puede bajar del 70% o que el contribuyente tiene que pagar necesariamente dicho porcentaje desnaturalizaría cualquier tipo de negociación y, por lo mismo, la conciliación.

inciso 5 del artículo 38 de la Ley 863 de 2003 así quiso establecerlo, como fluye de la expresión “en cualquier caso”, lo que significa que no importaba que la administración hubiera sido apelante único o que lo hubieren hecho ambas partes.

Sin embargo, cuando el impuesto discutido se hubiere ocasionado antes del 31 de diciembre de 2001, la conciliación no estaba sujeta a las limitaciones porcentuales señaladas en los párrafos anteriores. En este caso se podía conciliar el 50% del mayor impuesto discutido y el valor total de las sanciones e intereses.

Es importante destacar que de la interpretación del mencionado artículo 38, se infiere que para que pudiera llevarse a cabo la conciliación, el solicitante debe allegar con la petición las exigencias a que se refiere el inciso 6 del artículo nombrado²⁰.

Como lo anotamos, la norma en estudio era transitoria y tenía una vigencia efímera como se desprende del inciso 7, según el cual “la fórmula conciliatoria deberá acordarse y suscribirse a más tardar el día 31 de julio de 2004 y presentarse para su aprobación ante la respectiva corporación de lo contencioso administrativo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, demostrando el cumplimiento de los requisitos legales”.

Como se ha estudiado a lo largo de esta obra, la sentencia aprobatoria de la conciliación presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada (artículos 828 y 829 del Estatuto Tributario y 38 [8] de la Ley 863 de 2003).

Finalmente, establecía el artículo 6º del Decreto 412 de 2004, en concordancia con el comentado artículo 38, que la conciliación a que se refería esta norma no se aplicaba cuando el proceso se adelantara contra actos de definición de situación jurídica de mercancías, en materia aduanera; cuando el proceso se encontrara para resolver un recurso de súplica o de revisión ante el Consejo de Estado; cuando hubiere sentencia ejecutoriada; y, cuando la acción se dirigiera contra una liquidación de aforo.

20 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 22 de octubre de 2004, Expediente 200200449.

1. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE PERMITEN LA CONCILIACIÓN TRIBUTARIA²¹

Sobre la constitucionalidad de las normas que han facultado a la DIAN y a los contribuyentes, responsables, agentes retenedores y usuarios aduaneros para acudir a la conciliación, como mecanismo alternativo de solución de conflictos y llegar a un acuerdo sobre un determinado porcentaje del mayor valor del impuesto discutido, sobre la totalidad de las sanciones y los intereses, así como sobre la valorización, no existía un criterio unánime, entre otras razones, por cuanto la Corte Constitucional se venía declarando inhibida para resolver las demandas de inconstitucionalidad que se presentaron contra las respectivas normas, con fundamento en que, como tales preceptos jurídicos eran transitorios, al momento de proferir sentencia ya habían terminado su vigencia.

No obstante, la Corte Constitucional zanjó la discusión, al proferir la sentencia C-910 de 2004, mediante la cual declaró exequibles los artículos 38, 39 y 47 de la Ley 863 de 2003 que contemplan la conciliación en asuntos tributarios, debido a que dicha conciliación se refiere a pretensiones de carácter patrimonial y económico y, no implica rebajas de deudas tributarias a favor de deudores morosos, incumplidos o que acudan a la jurisdicción para eludir o evadir sus obligaciones con el fisco que puedan considerarse amnistías tributarias²², por lo cual se encuentra ajustada a derecho.

Sin embargo, con anterioridad a la mencionada sentencia, el Consejo de Estado en su Sección Cuarta venía aplicando el artículo 38 de la Ley 863 de 2003 y su Decreto Reglamentario 412 de 2004 y antes los artículos 101 de la Ley 633 de 2000 y 98 de la Ley 788 de

21 Sobre este tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes obras: Jaime Abella Zárate, *Procedimientos constitucional y contencioso administrativo en materia tributaria*, Bogotá, Legis, 1999; Andrea Amatucci, *Tratado de derecho tributario*, Bogotá, Temis, 2001; Héctor Julio Becerra Becerra, "Vigencia de las normas tributarias en el tiempo", en *Derecho tributario*, segunda edición, Bogotá, ICDT, 1999; Juan Rafael Bravo Arteaga, *Nociones fundamentales de derecho tributario*, tercera edición, Bogotá, Legis, 2000; Lucy Cruz de Quiñones "Marco constitucional del derecho tributario" en *Derecho Tributario*, segunda edición, Bogotá, ICDT, 1999; A.D. Giannini, *Instituciones de derecho tributario*, Madrid, Editorial de derecho financiero, 1964; Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, Bogotá, Temis, 2000; Alfredo Lewin Figueiroa, *Principios constitucionales del derecho tributario*, Bogotá, Facultad de Derecho de los Andes, ICDT, 2002.

22 [L]as amnistías tributarias tienen lugar cuando se condonan, en todo o en parte las obligaciones a cargo de un contribuyente respecto del cual ya se ha configurado la correspondiente obligación tributaria", Corte Constitucional, Sentencia C-910 de 2004.

2002. Coherentemente, impartió su aprobación a las conciliaciones suscritas entre la Administración y los contribuyentes, agentes retenedores, responsables y usuarios aduaneros, desde luego, cuando tales acuerdos reunían las exigencias consagradas en la legislación sobre conciliación tributaria.

No obstante, frente a la posición mayoritaria existía un salvamento de voto²³ según el cual, las normas que consagran la conciliación tributaria son contrarias a la Constitución y en consecuencia, deben ser inaplicadas. Según esta posición, la conciliación en materia tributaria, en relación con el mayor valor del impuesto discutido, viola los principios constitucionales de igualdad, equidad fiscal, y buena fe (artículos 13, 83 y 363 de la Constitución Política), por cuanto las mencionadas normas concedían, en el fondo, una verdadera amnistía tributaria²⁴ al permitir que se concilie sobre el valor del impuesto como tal, lo que implica la extinción de una obligación tributaria preexistente mediante condonación o remisión parcial de la misma, y establecen discriminaciones en relación con las obligaciones a cargo de los ciudadanos (artículo 95 [4] *ibidem*), pues se desfavorece a los contribuyentes y obligados que pagaron cumplidamente sus deudas con el fisco.

Señalaba igualmente esta posición, que las amnistías en materia tributaria son inconstitucionales y para hacer esta aseveración invocaba como fundamento la sentencia C-511 de 1996, según la cual:

“Las amnistías tributarias, transformadas en práctica constante, erosionan la justicia y la equidad tributaria. Se produce, en el largo plazo, un efecto desalentador, en relación con los contribuyentes que cumplen la ley y, respecto de los que escamotean el pago de sus obligaciones, un efecto de irresistible estímulo para seguir haciéndolo. La ley no puede contribuir al desprestigio de la ley. Resulta aberrante que la ley sea la causa de que se llegue a considerar, en términos económicos, irracional pagar a tiempo los impuestos”.

A pesar de lo anterior, encontramos que la doctrina constitucional traída a colación no tiene cabida en relación con la conciliación, por la potísima razón de que los supuestos fácticos que dieron lugar a la *ratio decidendi* de la aludida providencia son absolutamente

23 Consejo de Estado, Sección Cuarta, acta de audiencia de conciliación, 24 de junio de 2004, expediente 13920.

24 Cfr. Fernando Zarama Vásquez, *Reforma tributaria comentada. Ley 863 de 2003*, Bogotá, Legis, 2004, p.132.

distintos a los que sirven de fundamento a la conciliación en materia tributaria, como pasamos a demostrarlo.

En efecto, en el proceso que dio lugar a la sentencia C-511 de 1996, se demandó el artículo 243 de la Ley 223 de 1995. Este precepto, que fue declarado inconstitucional, consagraba que los contadores, revisores fiscales y administradores que firmaran o prepararan declaraciones tributarias en las cuales se hubiera incurrido en alguna irregularidad no podían ser investigados por ningún motivo en relación con dichas irregularidades, incluso por no haber presentado la declaración, como podría ocurrirle al revisor fiscal negligente en el cumplimiento de sus obligaciones.

En la demanda de inconstitucionalidad se acusó la norma de violar la Carta Política por cuanto, consideró el actor que el precepto demandado exoneraba de responsabilidad penal a los contadores, revisores fiscales y administradores, que hubieren incurrido en alguna conducta delictiva con ocasión de las declaraciones tributarias, lo cual equivalía a una amnistía en materia penal.

Precisamente con base en el supuesto anterior fue que la Corte Constitucional halló contrario a la Constitución el precepto demandado, por cuanto las amnistías en asuntos penales son de competencia exclusiva del Congreso de la República y únicamente puede hacerlo cuando se trate de delitos políticos, en tanto que la norma demandada había otorgado una amnistía para delitos comunes.

Para resolver sobre la inexequibilidad de la norma demandada la Corte consideró necesario ocuparse de los artículos restantes del capítulo de la Ley 223 de 1995, que consagraba los saneamientos tributarios, y lo hizo, en razón de que los restantes artículos del mismo capítulo establecían beneficios a favor de los contribuyentes morosos que desfavorecían a los cumplidos y, por contera, a los contadores, revisores fiscales y administradores que serían sancionados si solamente se declaraba inexequible el artículo 243 de la mencionada Ley. En razón de lo anterior, la Corte, invocando unidad normativa, declaró inconstitucionales todos los artículos que se referían a saneamientos tributarios, porque encontró que constituyan amnistías tributarias y estas, en principio, son inconstitucionales. Para motivar la sentencia, agregó la Corte que en virtud del

principio de eficiencia tributaria y de los fines esenciales del Estado, consagrados en el artículo 2º de la Constitución, el Estado puede establecer instrumentos eficaces para recaudar la cartera fiscal o aumentar el número de contribuyentes, a través de medidas que, en todo caso, deben ser excepcionales y guardar proporcionalidad con el fin buscado.

En suma, la *ratio decidendi* de la sentencia mencionada fue, en primer término la de hacer claridad en el sentido de que sólo son constitucionales las amnistías e indultos por delitos políticos, no por ilícitos comunes, que únicamente las puede otorgar el Congreso de la República (artículo 150 [17]). En segundo lugar, que las amnistías o saneamientos tributarios son privilegios consagrados en normas que tienen efectos retroactivos que exoneran o eximen de la obligación de pagar un impuesto²⁵, sus intereses o sanciones, y que dichos beneficios, son, en principio, inconstitucionales, salvo que se trate de instrumentos excepcionales, idóneos y eficaces para resolver la situación fiscal de los contribuyentes y para obtener un mayor recaudo por parte del Estado, con el objeto de recuperar, así sea parcialmente, sus créditos. En este sentido, la Corte estimó, además, que esta clase de medidas deben ser razonables y guardar una estricta proporcionalidad con el fin perseguido. De no ser así, violan los principios constitucionales de igualdad y equidad fiscal.

Ahora bien, la conciliación consagrada en el artículo 38 de la Ley 863 de 2003 establecía:

Los contribuyentes, responsables y agentes retenedores de los impuestos nacionales, así como los usuarios aduaneros que hayan presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso-administrativa antes de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, respecto de la cual no se haya proferido sentencia definitiva dentro de las instancias del proceso, podrán solicitar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la conciliación hasta el día 30 de junio de 2004.

25 La amnistía tributaria es un “evento extintivo de la obligación en el cual opera una condonación o remisión de una obligación tributaria preexistente, es decir, en el cual opera una condonación o remisión de una obligación tributaria preexistente, es decir, que el conjunto de sujetos beneficiario de la amnistía no son exonerados anticipadamente del pago del tributo, sino que posteriormente al acaecimiento de la obligación o encontrándose pendiente el cumplimiento de la misma, se les condona el pago de sumas que debían cancelar por concepto de sanciones, intereses, etc.” Corte Constitucional, sentencia C-804 de 2001.

En otros términos, preveía la posibilidad de conciliar en asuntos tributarios, desde luego, siempre y cuando se cumplieran los requisitos establecidos por la misma Ley.

En el orden de ideas expuesto, el precepto trascrito no se adecua a la noción de amnistía tributaria a la que se refirió la Corte en la sentencia mencionada, tal y como lo puso de manifiesto la misma Corte Constitucional en la sentencia C-910 de 2004, por cuanto no exime, condona o exonerá del pago del impuesto, sino que le da la oportunidad al contribuyente cumplido, es decir, a quien presentó su declaración privada pero incurrió en error en la elaboración de esta, que le fue corregido por la Administración mediante una liquidación oficial de revisión, para que concilie con la Administración sobre un porcentaje del mayor valor del impuesto discutido que la administración le exige cancelar, en orden a hacer efectivo el principio de eficiencia tributaria consagrado en el artículo 363 de la Constitución. En ese sentido, las normas que consagran la posibilidad de acudir a la conciliación en materia tributaria no están dirigidas a premiar o favorecer a los contribuyentes, responsables, agentes retenedores y a los usuarios aduaneros morosos. Su finalidad, por el contrario, es permitir que de manera pacífica y expedita, el contribuyente que ha iniciado acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque está convencido de que le asiste la razón²⁶, llegue a un acuerdo sobre un porcentaje de la diferencia existente entre el monto que ha declarado deber, que efectivamente paga, y el que la Administración le ha liquidado (artículo 5º Decreto 412 de 2004).

En efecto, la conciliación tributaria no es una amnistía porque no implica la condonación de una obligación tributaria preexistente o causada en la que se perdoná el impuesto que se debe, sino de un

26 “Si bien es cierto que, en la hipótesis del artículo 38, las obligaciones tributarias por impuestos y sanciones han sido establecidos mediante actos administrativos que se encuentran en firme y amparados por la presunción de legalidad, no es menos cierto que los mismos han sido controvertidos por el contribuyente en ejercicio de un claro derecho de raigambre constitucional, con el propósito, precisamente, de desvirtuar esa presunción de legalidad. Así, en relación con ese contribuyente, a diferencia de lo que ocurre con quien de mala fe omite el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, no cabe señalar que obrando en contravía de los postulados de la buena fe, se constituya en incumplido o moroso, porque, precisamente, su actividad se orienta, en ejercicio de un derecho de orden constitucional, a cuestionar la existencia o la cuantía de las obligaciones administrativamente declaradas. Y no cabe presumir, porque resultaría contrario al principio de buena fe, que el contribuyente que acude a la jurisdicción lo hace con el propósito de entorpecer el recaudo o eludir el cumplimiento oportuno de una obligación tributaria”. Corte Constitucional, sentencia C-910 de 2004.

concediera, como estímulo a su actividad, la amnistía contemplada en la norma demandada.

En la sentencia C-804 de 2001, cuando la Corte Constitucional analizó la objeción presidencial al Proyecto de Ley 39 de 1999 Cámara y 204 de 1999 Senado “Por medio de la cual se expiden normas para facilitar la definición de la situación militar”, hizo distinción entre el concepto de exención y el de amnistía tributaria y sostuvo que si bien ambas nociones implican un beneficio tributario a favor de un grupo de individuos, estos términos corresponden a figuras totalmente disímiles, dado que mientras la exención significa que alguien sea excluido de antemano y por vía general, del deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, la amnistía tributaria condona una obligación que ya se ha causado.

Finalmente, sostuvo en aquella oportunidad la Corte, que el proyecto lejos de ser inequitativo, favorecía la aplicación del principio de la equidad vertical, puesto que aliviaba la carga de un grupo de personas que se encontraban en condiciones económicas desventajosas, como es el caso de quienes pertenecen a los estratos 1 y 2 del Sisben, esto es, quienes se encuentran en estados de extrema pobreza y pobreza, respectivamente y, declaró infundadas las objeciones presentadas por el Presidente de la República.

3. LA CONCILIACIÓN TRIBUTARIA EN EL DERECHO COMPARADO

La normatividad que consagra la conciliación tributaria que se introdujo en nuestro medio, además de cumplir una serie de finalidades que le son propias, como se explica detalladamente en los apartes anteriores, pone al derecho colombiano a tono con la legislación de otros países, pues, valga decirlo, la conciliación tributaria no ha sido exclusiva del derecho patrio, por el contrario, se presenta en países como Francia, España, Perú y Venezuela, entre otros.

Así, en Francia, el Código de Procedimiento Fiscal creó la Comisión Departamental de Conciliación con el fin de que la Administración llegue a un acuerdo con los contribuyentes cuando existan diferencias en cuanto a los montos que sirvieron de base para la liquidación de los impuestos y que dieron lugar a una rectificación del tributo por parte de la Administración.

En España, el artículo 39 de la Ley General Tributaria autoriza a la Administración para que concilie con los contribuyentes el monto de sus deudas fiscales. Dicha conciliación debe ser aprobada por la Asamblea de Ministros, previo concepto del Consejo de Estado.

En Perú, la conciliación en materia tributaria ha sido consagrada, al igual que en nuestro país, de manera transitoria, a favor de sectores que se encuentran económicamente deprimidos. En efecto, el Presidente de la República ha dictado varios decretos de urgencia²⁸, que autorizan a la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT) para conciliar sobre la totalidad del monto de la deuda, con las empresas agrarias azucareras, siempre y cuando medie solicitud por parte de éstas.

En Venezuela, se ha aceptado ampliamente la conciliación como acuerdo entre las partes para dar término al litigio tributario, en efecto, en el Código Orgánico Tributario venezolano se consagró como modo de extinción de las obligaciones, acogiéndose a estrictos requisitos, como la determinación de los hechos que produjeron la obligación tributaria y la garantía de los intereses de la Nación²⁹.

Por lo demás, el derecho latinoamericano no ha sido ajeno al establecimiento de la conciliación en materia tributaria. Corrobora esta aseveración el Programa Conjunto de Tributación de la Organización de Estados Americanos y del Banco Interamericano de Desarrollo, que establece en el Código Tributario tipo para Latinoamérica de 1976, la conciliación como un mecanismo idóneo para que los Estados obtengan un mayor recaudo de tributos y recuperen, así sea parcialmente, las acreencias de carácter tributario”.

28 Decretos de Urgencia 108-97, 058-98, 101-2000, 023-2000 y 045-2000.

29 Cfr. Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*. Tercera Edición, editorial Temis, Bogotá 2001, p. 389.

ANOTACIONES SOBRE EL SISTEMA ELECTORAL COLOMBIANO Y LA REFORMA POLÍTICA

Reinaldo Chavarro Buriticá

Magistrado Consejo de Estado. Presidente, Sección Quinta

SISTEMAS DE CUOCIENTE ELECTORAL Y DE CIFRA REPARTIDORA



n la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 1º de febrero de 1996, expediente No. 1497, encontramos una breve reseña histórica de la institucionalización en Colombia del sistema de cuociente electoral que me permito transcribir para ilustrar este aspecto del tema.

“...A partir de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 62 de 1988 la causal 4º del artículo 223 del C.C.A. debe circunscribirse a la violación del sistema o, mejor, del procedimiento prescrito en el artículo 263 de la Constitución como del cuociente electoral, instituido para asegurar la representación proporcional de los partidos, movimientos y grupos que participan en elecciones populares plurinominales. Dicha representación proporcional, como sistema electoral, comenzó a abrirse paso en nuestras instituciones electorales en la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa de 1905 con el artículo 33 de la Ley 42 de ese año. Luego fue estatuido en el artículo 45 del Acto Legislativo número 3 de 1910, a su vez desarrollado en los artículos 111 de la Ley 85 de 1916 y 12 de la Ley 96 de 1920. Finalmente, la Ley 31 de 1929 implantó como mecanismo para lograr esa representación proporcional el del cuociente electoral, perfeccionado con la Ley 7º de 1932, a su vez reformado por el artículo 1º de la Ley 67 de 1937. El texto del artículo 172 de la anterior Constitución Política fue precisado en el artículo 50 del Acto Legislativo número 1 de 1968, aunque con la consagración de dos procedimientos para extraer el cuociente según se tratara de la elección de sólo dos personas (procedimiento denominado de Hagenbach - Bischoff) o de más de dos (de Hare y André). La

Carta Política Fundamental que nos rige consagró un solo procedimiento de extracción del cuociente, de Hare y André..."

La Constitución de 1991 reguló en el título IX lo atinente a las elecciones y a la organización electoral, y originalmente consagró el sistema electoral denominado “cuociente racional de Hare”, “método de Hare” en su artículo 263 en los siguientes términos:

“Para asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública se empleará el sistema de cuociente electoral.

El cuociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista se hará en el número de veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los mayores residuos, en orden descendente.”

Con fundamento en este sistema de escrutinio, los partidos mayoritarios accedían a obtener generalmente un pequeño número de curules en las elecciones para Corporaciones Públicas por un número de votos equivalente al cuociente electoral, y las restantes, la gran mayoría, se adjudicaban por residuo.

Los sistemas electorales, que comprenden regulaciones sobre circunscripciones electorales, candidaturas, votaciones y la conversión de votos en escaños, pueden ser diseñados para beneficiar a los partidos que tradicionalmente obtienen mayor votación, o para favorecer a los partidos pequeños o para promover la formación de sistemas bipartidistas o pluripartidistas, entre otros objetivos.¹

En Colombia, el sistema del cuociente electoral fue duramente criticado en tiempos recientes porque a través de la denominada “operación avispa”, una eficaz estrategia electoral que consistía en que partidos inicialmente mayoritarios se fraccionaban en numerosos pequeños partidos para obtener por residuo un número de

1 Dieter Nohlen. *Sistemas Electorales y Partidos Políticos. IV. Sistema Electoral: Elementos particulares y efectos de los sistemas electorales*. Fondo de Cultura Económica. México. segunda Edición. 1998. Págs. 52 a 90.

curules muy superior al que obtendrían si optaren por proponer a los electores listas únicas, dado que en esta forma se desperdician muchos votos para poder elegir a sus candidatos por cuociente. Esas denominadas peyorativamente “microempresas electorales” no solo promovidas por los partidos sino por agentes independientes de estos, terminaron por atomizar a los partidos que dejaron de tener influjo sobre ellas, con lo cual se impedía o se hacía más dispendiosa (léase onerosa), la conformación de mayorías que aseguraran la gobernabilidad democrática.

Para propiciar la reagrupación de muchos pequeños partidos en unos pocos fuertes y la formación de nuevas alternativas políticas, distintos sectores políticos propiciaron una reforma constitucional,² que institucionalizó varios mecanismos, entre ellos, un nuevo sistema de escrutinio proporcional a través de cifra repartidora o método D'Hont, aparejado con el señalamiento de un umbral o número de votos mínimos que deben alcanzar los partidos o movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que inscriban listas de candidatos para corporaciones públicas, como condición para acceder al reparto de curules. Además se obliga a los partidos a postular listas y candidatos únicos y se permite la existencia de listas cerradas y con voto preferente.

El nuevo sistema electoral, así regulado, determinó que el 1º de octubre de 2003 existieran 71 partidos y movimientos políticos con personería jurídica y que mediante Resolución 1767 de 9 de junio de 2004 del Consejo Nacional Electoral cancelara la personería a once (11) partidos y movimientos que no obtuvieron representación en el Congreso en las elecciones del 10 de marzo de 2002, y luego de transcurridas las elecciones del 12 de marzo de 2006, mediante Resolución 1057 de 2006 del Consejo Nacional Electoral se determinó que de los 61 restantes conservaban la personería solamente once (11) partidos y movimientos políticos por haber obtenido un número de votos equivalente al 2% de los sufragados para Senado y tres partidos y movimientos políticos por haber obtenido representación en el Congreso por las circunscripciones especiales de minorías.

² *Acto Legislativo número 1 de 2003, promulgado en el Diario Oficial 45.237 de 3 de julio de 2003.*

La reforma fue establecida en los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, que subrogó el artículo 263 y agregó el artículo 263 A a la Constitución Política, en los siguientes términos:

Artículo 12. El artículo 263 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 263. Para todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en la respectiva elección.

Para garantizar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las corporaciones públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al dos por ciento (2%) de los sufragados para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás corporaciones, conforme lo establezca la Constitución y la Ley.

Cuando ninguna de las listas de aspirantes supere el umbral, las curules se distribuirán de acuerdo con el sistema de cifra repartidora.

La Ley reglamentará los demás efectos de esta materia.

Parágrafo transitorio. Sin perjuicio del ejercicio de las competencias propias del Congreso de la República, para las elecciones de las autoridades de las entidades territoriales que sigan a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltese al Consejo Nacional Electoral para que dentro del mes siguiente a su promulgación se ocupe de regular el tema.

En las circunscripciones electorales donde se elijan dos (2) curules se aplicará el sistema del cuociente electoral, con sujeción a un umbral del treinta por ciento (30%), del cociente electoral.

Artículo 13. La Constitución Política de Colombia tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

Artículo 263 - A. La adjudicación de curules entre los miembros de la respectiva corporación se hará por el sistema de cifra repartidora. Esta resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer.

El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos.

Cada partido o movimiento político podrá optar por el mecanismo de voto preferente. En tal caso, el elector podrá señalar el candidato de su preferencia

entre los nombres de la lista que aparezcan en la tarjeta electoral. La lista se reordenará de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos. La asignación de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes.

En el caso de los partidos y movimientos políticos que hayan optado por el mecanismo del voto preferente, los votos por el partido o movimiento que no hayan sido atribuidos por el elector a ningún candidato en particular, se contabilizarán a favor de la respectiva lista para efectos de la aplicación de las normas sobre el umbral y la cifra repartidora, pero no se computarán para la reordenación de la lista. Cuando el elector vote simultáneamente por el partido o movimiento político y por el candidato de su preferencia dentro de la respectiva lista, el voto será válido y se computará a favor del candidato.

El objeto de estas reflexiones es proponer algunos elementos para el análisis de la reforma, con el ánimo de suscitar la discusión y el examen sereno y objetivo de las nuevas instituciones, aprovechando el escenario de este encuentro de la jurisdicción.

SENTIDO Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 12 Y 13 DEL ACTO LEGISLATIVO No. 1 DE 2003

Una primera observación versa sobre la necesidad de establecer si merced al texto de los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, se eliminó completamente el sistema del cuociente electoral, o si este se sigue aplicando en ciertos ámbitos. Tal indeterminación surge por las siguientes razones:

1. El texto original del artículo 263 constitucional señalaba que se empleaba el sistema del cociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos, “cuando se vote por dos o más individuos *en elección popular o en una corporación pública*”.

Quiere decir lo anterior, que el mencionado sistema se aplicaba a dos tipos de elecciones distintas: 1) cuando se votara por 2 o más individuos en elección popular y 2) cuando las corporaciones públicas eligieran dos o más individuos.

En obedecimiento al mandato del artículo 263 constitucional, la Ley 5^a de 17 de junio de 1992, publicada en el Diario Oficial No. 40.483, de 18 de junio de 1992, “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”, dispuso

en sus artículos 55, 63, 64, 309, 311, 327 y 373, que se integrarían, aplicando el sistema del cuociente electoral, las Comisiones Legales señaladas para cada una de las Cámaras, la Comisión de los Derechos Humanos y Audiencias, la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, la Comisión de Acreditación Documental, las Comisiones Especiales de Vigilancia, la Comisión Asesora de Crédito Público Interparlamentaria, la Comisión de Cuentas, la Comisión de Investigación y Acusación, la Comisión de Instrucción y la Comisión de Administración.

Los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, por su parte, instituyeron la cifra repartidora, previo señalamiento de un umbral, como mecanismo para la asignación de curules o escaños entre los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que inscriban listas de aspirantes a corporaciones públicas, pero nada dicen acerca del sistema de escrutinio que se aplica en los casos de elecciones de dos o más personas por parte de las corporaciones públicas, salvo en el artículo 14 del mismo Acto Legislativo, que modifica el artículo 264 de la Constitución, en cuanto señala que el Congreso en Pleno designará a los miembros del Consejo Nacional Electoral mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas que presenten los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos.

¿Qué sentido debe darse entonces al silencio del constituyente derivado acerca del sistema de escrutinio que deben aplicar las corporaciones públicas al elegir sus dignatarios, o a otros servidores públicos de su competencia cuando sean 2 o más?

El parágrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo examinado otorgó al Consejo Nacional Electoral la facultad de reglamentar lo pertinente a efectos de aplicar las normas de la Reforma Política a las elecciones de autoridades de las entidades territoriales que se celebrarían en octubre de 2002. Y en un segundo inciso del mismo dispuso:

En las circunscripciones electorales donde se elijan dos (2) curules se aplicará el sistema del cuociente electoral, con sujeción a un umbral del treinta por ciento (30%), del cuociente electoral.

La justificación del carácter transitorio del precepto contenido en el inciso primero salta a la vista, en tanto que la transitoriedad del

segundo inciso ofrece serios cuestionamientos. ¿ Deberá entenderse que por un error de técnica del Constituyente el inciso segundo aparece bajo el acápite de un parágrafo transitorio o lo contrario, que una y otras disposiciones son transitorias y a la fecha, agotaron su vigencia?

Para aclarar el sentido que debe asignarse a los preceptos enunciados, con fundamento en el artículo 27 del Código Civil que indica al intérprete recurrir a la intención o espíritu manifestado en la historia fidedigna de su establecimiento, cuando el sentido de la ley no sea claro, he acudido a hacer lo propio con muy magros resultados.

El Acto Legislativo No. 1 de 2003 resultó de la acumulación de diversos proyectos de Actos Legislativos. En efecto, el 20 de julio de 2002, un grupo de Senadores radicó en la Secretaría General del Senado de la República un proyecto de Acto Legislativo “por el cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones”; que fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 303 del 29 de julio de 2002 y se proponía modificar algunos aspectos de la estructura del Estado en cuanto a la organización electoral y los períodos institucionales, el funcionamiento del Congreso y régimen de los Congresistas, el régimen electoral, instrumentos contra la corrupción, del presupuesto, y la reforma de la Constitución. El 15 de agosto de 2002, otro grupo de Senadores radicó en la Secretaría General del Senado de la República un proyecto de Acto Legislativo “por el cual se adopta una reforma política constitucional”, el cual, con la respectiva exposición de motivos, fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 344 del 20 de agosto de 2002. Los temas centrales de este proyecto se relacionaban con el régimen de los partidos, se proponía una modificación al artículo 122 para establecer una inhabilidad para ser designado servidor público, otras aludían al funcionamiento del Congreso y al régimen de los Congresistas, régimen electoral, y al presupuesto. Tal como consta en la Gaceta del Congreso No. 406 del 1º de octubre de 2002 el proyecto de Acto Legislativo No. 01 de 2002 fue acumulado con los proyectos 03 de 2002 y 07 de 2002.

Durante el trámite de la primera legislatura las Comisiones Primeras Constitucionales y las Plenarias de Cámara y Senado apro-

baron distintas fórmulas de distribución de curules en las corporaciones públicas que resultaban contradictorias y así se llegó a la aprobación en primera vuelta de un texto conciliado, confuso y contradictorio.³

El artículo 18 del mismo modificaba el artículo 171 constitucional y disponía que el Senado de la República estaría integrado por 81 senadores elegidos en circunscripción nacional de las listas que obtuvieran un umbral del 2% de los votos emitidos válidamente a las que se aplicaría el sistema de cuociente electoral establecido en el artículo 263 de la Constitución, calculado con base en el total de los votos válidos obtenidos por estas listas; 2 elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas por el sistema de cuociente electoral y 4 en circunscripción nacional especial para minorías políticas elegidos en la forma que la ley definiera.

Dispuso en un párrafo transitorio que, si transcurrido un año de vigencia del presente Acto legislativo el Congreso no hubiere aprobado la ley para la elección de minorías políticas, el Presidente de la República la expedirá por Decreto en los tres meses siguientes.

El artículo 19 del proyecto modificaba el artículo 176 de la Constitución y señalaba que la Cámara de Representantes se elegiría en circunscripciones territoriales mediante el sistema de cifra repartidora, y especiales (3 para minorías políticas, 2 para comunidades negras, 1 para comunidades indígenas y 1 para los colombianos que residan en el exterior, a los que no señaló un sistema especial de distribución de curules). Agregaba que para asignar curules en las asambleas departamentales, los concejos municipales y distritales y las juntas administradoras locales se aplicaría un umbral del 50% del cuociente electoral y a las listas que lo alcanzaran se aplicaría el sistema electoral dispuesto en el artículo 263 de la Constitución, calculado sobre el total de votos válidos emitidos para estas listas, y si ninguna lista superaba dicho umbral se asignarían todas las curules mediante el sistema de cifra repartidora.

Finalmente, el artículo 25 que modificaba el artículo 263 de la Constitución Política, señalaba que “las curules en las corporacio-

3 Gaceta No. 32 de 2003.

nes públicas serán asignadas por listas con base en la cifra única que permita repartirlas todas por el mismo número de votos. El número de curules a que tenga derecho una lista se determinará por el número de veces que quepa la cifra repartidora en el total de la votación obtenida por la respectiva lista. Para la asignación de curules en las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales y Distritales y las Juntas Administradoras Locales sólo se tendrán en cuenta las listas que obtengan, al menos, el cincuenta por ciento (50%) del respectivo cuociente electoral y dentro de las listas que superen este umbral se aplicará la cifra repartidora. Si ninguna lista superare el umbral se asignarán todas las curules mediante dicho sistema.

El artículo 25, en cuanto obliga a que las curules de Senado, asambleas, concejos y juntas administradoras locales se asignen mediante la aplicación de cifra repartidora, contradice lo dispuesto en los artículos 18 y 19 que señalaban que dichas curules se asignarían mediante la aplicación del cuociente electoral a las listas que superaran un umbral. Finalmente, establecía el artículo 25 un parágrafo, conforme al cual *“en las demás elecciones, cuando se vote por dos o más individuos, se empleará el sistema de cuociente electoral”*.

La tendencia a establecer diversos métodos de distribución de curules para cada corporación y al interior de ella a cada forma de circunscripción electoral cambió en la segunda vuelta pues las Comisiones ni las Plenarias volvieron a aprobar textos semejantes a los anteriores; por el contrario, aprobaron en todos los debates un texto, conforme al cual las curules de todas las corporaciones públicas se asignarían mediante la aplicación de una cifra repartidora a las listas que superaran un umbral que para Senado se fijó a lo largo de la segunda vuelta en el 2% para las demás corporaciones en el 50% del cociente electoral.⁴

En el único debate en que se aprobó una excepción al método anterior fue en el último de la sesión plenaria de la Cámara de Re-

4 Las Gacetas del Congreso Nos. 103 de 22 de abril de 2003 y 190 de 7 de mayo del mismo año contienen los textos aprobados en primer y segundo debate en la segunda legislatura por la Comisión Primera y la Plenaria del Senado, respectivamente, y las Gacetas Nos. 271 de 11 de junio de 2003 y 301 de 18 de junio de 2003 los textos aprobados en primer y segundo debate en la segunda legislatura por la Comisión Primera y la Plenaria de la Cámara, respectivamente.

presentantes⁵, en que se aprobó el texto que luego fue acogido por la Comisión de Conciliación y hace parte del inciso segundo del párrafo del artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, de acuerdo con el cual “en las circunscripciones donde se elijan 2 curules se aplicará el sistema del cuociente electoral con sujeción a un umbral del 30% del cuociente electoral”.

El texto del párrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo apareció por primera vez en el trámite de la reforma con el pliego de modificaciones que los ponentes presentaron ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes⁶ en el cual indicaron que, “sin perjuicio del ejercicio de las materias propias del Congreso de la República, para las elecciones de autoridades de las entidades territoriales que sigan a la entrada en vigencia del acto Legislativo, facúltase al Consejo Nacional Electoral para que dentro del mes siguiente a su promulgación se ocupe de regular el tema”.

En la Gaceta del Congreso número 378 de 31 de julio de 2003, consta que se discutieron temas como el efecto de proponer solo dos candidatos en las circunscripciones que eligieran ese número de representantes en cuanto si ocurría algún motivo de falta absoluta no habría lugar a reemplazar al elegido; al efecto que tendría el hecho de que en una circunscripción de dos elegidos solo el partido mayoritario alcanzara el umbral de 50% de los votos sufragados con lo cual impediría la representación de las minorías, asuntos tratados antes de que se aprobara el inciso que dispone que si ninguno de los partidos alcanza el umbral se adjudican las curules por cifra repartidora, con lo cual, podría pensarse, se estaba dando respuesta al último de los temas objeto de preocupación. A continuación consta que se aprobó una proposición que contiene el texto del inciso segundo del párrafo transitorio, como una fórmula intermedia entre el umbral del 50% y la ausencia total de umbral, para las elecciones donde se elija a dos representantes.⁸

No aparece, sin embargo, en las gacetas del Congreso que dan cuenta del trámite del Acto Legislativo examinado, ninguna expli-

5 Gaceta del Congreso No. 301 de 18 de junio de 2003.

6 Gaceta del Congreso No. 1 de 11 de junio de 2003.

7 Gaceta del Congreso No. 301 de 18 de junio de 2003.

cación acerca de la razón por la que la norma que autoriza aplicar el sistema de cociente electoral con umbral de 30% del cociente electoral a las circunscripciones que elijan 2 curules –como excepción al sistema de cifra repartidora que se estableció de modo general–, se insertó a continuación del inciso primero de un parágrafo transitorio y persiste la duda de si se pretendió incorporarlo al texto del artículo, de carácter permanente, o al parágrafo, destinado en principio a regir transitoriamente.

De otra parte, no se encuentra en las actas de las sesiones de la Cámara y del Senado ni en los textos que aprobaron durante la segunda legislatura mención expresa del sistema de elecciones que deben aplicar las corporaciones públicas.

Como la interpretación grammatical ni el estudio de la historia fidigna de la norma parecen idóneas plenamente para arrojar claridad sobre el sentido del inciso segundo del parágrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2003 ni de la omisión del señalamiento del sistema de escrutinio de las elecciones que realicen las Corporaciones resulta necesario recurrir a un método de interpretación distinto, como el de inferir su sentido de los fines que se propuso el Constituyente derivado, más claros y explícitos, o recurrir a una interpretación sistemática de la Constitución.

Retomando los interrogantes anteriores, propongo para la reflexión las formulaciones que se consignan respectivamente a continuación.

¿Qué sentido debe darse entonces al silencio del constituyente derivado acerca del sistema de escrutinio que deben aplicar las corporaciones públicas al elegir sus dignatarios, o a otros servidores públicos de su competencia cuando sean 2 o más?

1.1. La preferencia de un sistema de escrutinio frente a otro implica la preferencia de un tipo o forma de representación frente a otra. Y por razones de coherencia, de simetría del ordenamiento es factible asumir que el Constituyente como el Legislador se propusieron instituir una determinada forma de representación de los electores. El artículo 263 señalaba expresamente que el sistema del cuociente electoral se aplicaba para elegir dos o más individuos tanto en elección popular como en una corporación pública y el hecho

de que el Constituyente hubiera subrogado el artículo 263 mediante la expedición de los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo, significa que quedó sin efecto alguno el mandato del anterior artículo 263 de aplicar el cuociente electoral en las elecciones de miembros de corporaciones públicas o en las que estas efectúen. De modo que, la falta de mandato expreso del constituyente para que se aplique el sistema de cifra repartidora a las elecciones que efectúen los miembros de las corporaciones públicas no puede ser tomado como una autorización para que se siga aplicando en las mismas el sistema del cuociente electoral, pues sería interpretar el Acto Legislativo como una invitación a la incoherencia.

Como consecuencia de una interpretación como la anterior, habría que considerar inconstitucionales algunas normas legales, entre ellas las de la Ley 5^a de 1992 que señalan que se aplicará el cuociente electoral para la designación de los miembros de las diversas comisiones de Cámara y Senado.

Por otra parte, sería necesario armonizar el artículo 263 constitucional, subrogado por los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, con la disposición del artículo 171 ibidem., que no fue tocada por la reforma, y establece que los dos senadores de la circunscripción especial indígena deben ser elegidos por cuociente electoral, sin sujeción a norma alguna sobre umbral.

1.2. Una segunda formulación sobre el probable significado del silencio que guardó la reforma respecto del sistema de escrutinio aplicable a las elecciones de 2 o más individuos que deban realizarse por parte de las corporaciones públicas, puede ser el de entender que, al señalarse al final del artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2003 que modificó el artículo 263 constitucional, que “La Ley reglamentará los demás efectos de esta materia”, defirió en el Legislador la regulación del sistema aplicable en todos los aspectos no considerados en la Constitución; ley que, de acuerdo con el literal c) del artículo 152 de la Constitución, debe tener el carácter de estatutaria. Y mientras ello ocurre será necesario pensar de qué manera se colma el vacío normativo. Podría avanzarse que la norma aplicable en relación con el escrutinio sería la del artículo 263 constitucional y cuando ninguno de los partidos alcance el umbral se aplica igualmente el escrutinio mediante cifra repartidora.

2. El parágrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo establece:

Parágrafo transitorio. Sin perjuicio del ejercicio de las competencias propias del Congreso de la República, para las elecciones de las autoridades de las entidades territoriales que sigan a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltese al Consejo Nacional Electoral para que dentro del mes siguiente a su promulgación se ocupe de regular el tema.

En las circunscripciones electorales donde se elijan dos (2) curules se aplicará el sistema del cuociente electoral, con sujeción a un umbral del treinta por ciento (30%), del cuociente electoral.

¿Deberá entenderse que por un error de técnica del Constituyente el inciso segundo aparece bajo el acápite de un parágrafo transitorio o lo contrario, que una y otra disposiciones son transitorias y a la fecha agotaron su vigencia?

2.1. El carácter transitorio del primer inciso del parágrafo se justifica por el hecho de que las elecciones de corporaciones públicas en el nivel territorial debían efectuarse en octubre de 2003; si se quería aplicar el contenido de la reforma a las mismas, era previsible que una ley estatutaria como la que debe reglamentar las funciones electorales, conforme con el literal c del artículo 152 constitucional, no alcanzaba a ser expedida por el Congreso en quien radica dicha competencia constitucional.

Pero el contenido del inciso segundo de dicho parágrafo propone serias dudas sobre el carácter transitorio que pueda tener, toda vez que se refiere a una situación fáctica que no está relacionada precisamente con las elecciones de las entidades territoriales dado que, por mandato legal, ninguna corporación administrativa de elección popular territorial (Concejos y Asambleas) está integrada por dos representantes y, por otra parte, existen Departamentos que eligen dos representantes a la Cámara, conforme al artículo 176 de la Constitución que prevé ese número como representación básica para cada una de las circunscripciones, susceptible de incrementarse por razón de la población. En tal circunstancia se encuentra, por ejemplo, el Departamento de San Andrés y Providencia.

El artículo 171 constitucional, pese a que regula la elección de dos representantes por la circunscripción especial indígena no está concernido por la disposición que se analiza, porque en este caso

la regla del cuociente electoral se debe aplicar sin sujeción a norma alguna de umbral, por mandato expreso del mismo artículo, como ya se anotó.

La necesidad de elegir 2 curules en la circunscripción correspondiente a las comunidades negras también estaría sujeta a la regulación del inciso segundo del párrafo transitorio mientras esté vigente la Ley 649 de 27 de marzo de 2001⁸, publicada en el Diario Oficial No. 44.371 del 28 de marzo del mismo año, “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia, cuyo artículo 1º, expresó:

Artículo 1o. De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Política habrá una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

Esta circunscripción constará de cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior.

Luego, si por tantas razones como las señaladas, permanece la necesidad de seguir eligiendo 2 curules en diversas circunscripciones electorales para Cámara de Representantes, particularmente en circunscripciones especiales que han recibido un tratamiento distinto por parte del Constituyente, y si las mismas no guardan relación con las razones coyunturales que justificaban el carácter transitorio del primer inciso del párrafo examinado, resulta plausible sostener que se trató de un defecto técnico en la redacción del texto y que el inciso segundo de dicho párrafo continúa rigiendo y obliga a aplicar el cuociente electoral cuando se vote por dos curules en todas las elecciones que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma Política.

2.2. Resulta igualmente plausible sostener la tesis contraria, de que no se trata de un error técnico y que el párrafo transitorio agotó su vigencia, conclusión que nos remitiría a la aplicación de la norma general del artículo 263 en los términos en que quedó luego

⁸ La circunscripción especial para grupos étnicos y minorías políticas se redujo a 4 representantes a la Cámara, a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 02 de 2005, disposición modificada en el Acto Legislativo número 03 de 2005 que volvió a la regulación anterior.

de ser subrogado por el artículo 12 del Acto Legislativo No. 01 de 2003 y el artículo 263 A introducido a la Constitución Política por el artículo 13 ibidem. Vale decir, que las curules deberán adjudicarse a los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos que hayan obtenido el umbral y la cifra repartidora en los términos y condiciones previstos en las normas citadas y “cuando ninguna de las listas de los aspirantes supere el umbral, las curules se distribuirán de acuerdo con el sistema de cifra repartidora.”

Las dos conclusiones enunciadas no suscitarían ninguna inquietud si no fuera por la diferencia sustancial que existe entre el sistema de escrutinio por cuociente electoral y el fundado en la cifra repartidora.

Por lo demás, independientemente de la solución que finalmente se dé a los interrogantes anteriores, el sistema de cifra repartidora obliga a revisar si la jurisprudencia elaborada en torno al principio de la eficacia del voto por parte del Consejo de Estado se adapta al nuevo sistema de escrutinio o si, por el contrario, exige nuevos ajustes y desarrollos.

EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA DEL VOTO

El principio de la eficacia del voto se aplica en la jurisprudencia de la Sección Quinta en relación con la decisión de los contenciosos de nulidad de elecciones por causales de impugnación prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 223 del C.C.A.

El texto legal es del siguiente tenor literal:

“Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o estas se hayan destruido por causa de violencia.⁹
2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación;

⁹ Por razones de tiempo y espacio no se extiende estas notas al efecto de la aplicación del principio de la eficacia del voto en relación con los juicios de nulidad por la causal del artículo 223 numeral 1.

El principio de la eficacia del voto está establecido en el artículo 1º del Código Electoral, en los siguientes términos:

ART. 1º—El objeto de este código es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresado en las urnas.

En consecuencia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral y, en general, todos los funcionarios de la organización electoral del país, en la interpretación y aplicación de las leyes, tendrán en cuenta los siguientes principios orientadores:

“1.-...”

“2.-...”.

3. Principio de la eficacia del voto. Cuando una disposición electoral admita varias interpretaciones se preferirá aquella que dé validez al voto que represente expresión libre de la voluntad del elector.

“4.-...”.

5. Principio de la proporcionalidad. Dentro del marco del sistema del cuociente electoral, las corporaciones escrutadoras asegurarán la representación proporcional de los partidos y grupos políticos expresada en las urnas, conforme al artículo 172 de la Constitución Nacional.

Es claro que la disposición del Código Electoral así como la del C.C.A. transcritas, fueron promulgadas bajo la vigencia del sistema de cuociente electoral que se aplicó en nuestro medio en vigencia de la Constitución de 1886, y dio lugar al desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado elaborada al efecto. Ésta fijó el sentido y alcance del principio de la eficacia del voto atendiendo las características propias de dicho sistema de escrutinio.

En el mismo orden, es evidente que la norma del artículo 1º del Código Electoral ha sido parcialmente derogada. Así, el denominado “principio de proporcionalidad” que debe ser garantizado no es el referido al cuociente electoral que establecieron en su momento el artículo 172 de la Constitución de 1886 y el artículo 263 de la Constitución de 1991, en su texto original, sino el tipo de proporción que resulta de la aplicación del sistema de cifra repartidora previa acceso al umbral que instituyeron los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003.

El principio de la eficacia del voto, por su parte, formulado en términos abstractos, como corresponde a una norma jurídica con el estatus de un principio, no puede entenderse derogado pues constituye una expresión del principio *pro liberatatis* que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, implica que debe preferirse la interpretación de las normas jurídicas que garanticen el más amplio ejercicio de los derechos y libertades de las personas, solo que en el caso del numeral 5º del artículo 1º del Código Electoral, está referido a los derechos constitucionales fundamentales de naturaleza política (elegir y ser elegido).

La Sección Quinta del Consejo de Estado debió decidir, con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo que instituyó la Reforma Política, tanto demandas de nulidad de elecciones regidas por el sistema del cuociente electoral porque se celebraron antes de la vigencia de dicho Acto Legislativo como demandas de nulidad de elecciones declaradas en vigencia del sistema electoral de umbral y cifra repartidora. En los procesos de nulidad de las segundas se inició una revisión de la jurisprudencia sobre la eficacia del voto, que apenas comienza a perfilarse a efectos de ajustarla a las exigencias del nuevo sistema.

Para una mejor comprensión de las perspectivas que se abren en la interpretación del principio de la eficacia del voto se describirá a continuación la jurisprudencia que hasta ahora ha sostenido la Sección Quinta del Consejo de Estado sobre el tema, en el contexto del sistema del cuociente electoral y se señalarán los problemas que le plantea a la jurisprudencia tradicional el sistema de umbral y cifra repartidora.

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA EFICACIA DEL VOTO EN EL SISTEMA DE CUOCIENTE ELECTORAL

El principio de la eficacia del voto está instituido en defensa del derecho político constitucional fundamental (artículo 40 de la Constitución) en el cual se sustenta el principio democrático de organización de la sociedad y el Estado colombianos.

No obstante, dicho principio no excluye la posibilidad de desconocer la validez de los votos porque, tal como lo ha sostenido la

Corte Constitucional, “el voto es un derecho complejo que involucra la capacidad individual para decidir libremente una función social de configuración política y, al mismo tiempo, exige la existencia de una organización logística electoral. En tal contexto, el ejercicio del sufragio no puede ser considerado un derecho absoluto, puesto que está sometido al cumplimiento de condiciones y requisitos previos y concomitantes cuyo desconocimiento lo invalida o le impide producir efectos jurídicos. ...”¹⁰

Frente al imperativo de invalidar los votos depositados por los ciudadanos cuando se emitan con violación del ordenamiento jurídico la Sección Quinta ha sostenido que, en aplicación del principio de la eficacia del voto, solo en el evento en que el número de votos depositados ilegalmente tengan la entidad cuantitativa suficiente para modificar el resultado de la elección declarada y enjuiciada se podrá anular la elección. Que este debe ser el correcto entendimiento del precepto del artículo 223.2 del C.C.A.

En efecto, la norma referida ordena perentoriamente anular la elección donde “... aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación” lo que implica, atendido su tenor literal, que la existencia de un solo voto falso debía determinar la nulidad de la elección. Se trataba entonces, merced a la aplicación del principio de la eficacia del voto, de encontrar una interpretación que permitiera dar validez a los votos legítimos emitidos en la elección en que el correspondiente registro electoral estuviera afectado parcialmente por comprobarse la existencia de algunos votos falsos y se llegó a la doctrina enunciada.

No obstante, cuando así ocurra y se declare la nulidad de la elección, en acatamiento del mandato expreso del artículo 226 del C.C.A., se deben excluir del escrutinio los votos depositados en las mesas donde se compruebe que existieron votos fraudulentos.

Además de ordenarlo expresamente el artículo 226 referido, la exclusión de la totalidad de votos de las mesas afectadas con votos

10 Sentencia C-142 de 2001 proferida por la Corte Constitucional y de 2 de noviembre 2001, proferida por la Sección 5^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, exp. No. 2698.

falsos, independientemente del número de estos como de los que siendo legítimos se excluyan y de los candidatos a quienes favorezcan estos últimos, se tiene en cuenta que por razón del secreto del voto no es posible determinar responsabilidad subjetiva alguna por los votos falsos; si ello no fuera físicamente imposible por razón del secreto del voto, se contaría con el sustento jurídico necesario para excluir solo los votos de los candidatos responsables del fraude.

La aplicación del artículo 226 del C.C.A., cuyo precepto claro y expreso no permite otro entendimiento, ha dado lugar a que se cuestione duramente la jurisprudencia con acusaciones como la que sostiene que lejos de aplicar el principio de la eficacia del voto está atentando contra el derecho constitucional fundamental del sufragio, cuando por razón de la existencia de un solo voto falso excluye del escrutinio los restantes depositados legítimamente en la respectiva mesa de votación. Hay que precisar que en el estado actual del ordenamiento jurídico no existe para el intérprete solución alguna distinta de la inaplicación del artículo 226, cuya adopción implicaría la desaparición del control judicial del fraude electoral, con sacrificio del verdadero resultado electoral y valores como la transparencia y confiabilidad del mecanismo de discernimiento legítimo del poder del Estado.

Efectivamente, sin exclusión de votos afectados en ninguna proporción carecería de objeto practicar nuevo escrutinio y consecuentemente no habría lugar a declarar una nueva elección. Es claro, por otra parte, que la exclusión de votos en la proporción que se establezca debe ser determinada por la ley y la actualmente vigente ordena excluir la totalidad de los depositados en las mesas afectadas.

Según la jurisprudencia examinada, para establecer en cada proceso si el número de votos depositados ilegalmente tiene la entidad cuantitativa suficiente para modificar el resultado de la elección acusada, en el caso de elecciones de corporaciones públicas, se determina la diferencia entre los votos obtenidos por el candidato elegido con el menor número de votos y los obtenidos por quien le seguía en votación y no resultó elegido; si el número de votos ilegales es mayor que esa diferencia, se entiende que podía afectar el resultado de la elección declarada y enjuiciada y, por tanto, debía anularse

esta y excluirse los registros de las mesas donde se computaron los votos falsos y como consecuencia de lo anterior, ordenar la práctica de un nuevo escrutinio con exclusión de aquellos y la declaración de la elección que resultara con arreglo al nuevo escrutinio.

EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA DEL VOTO EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA DE UMBRAL Y CIFRA REPARTIDORA

En principio, la consideración esencial de la jurisprudencia de la Sección Quinta examinada, esto es, la de que solo cuando el número de votos irregulares pueda producir una modificación del resultado electoral declarado debe declararse su nulidad, debe ser mantenida en vigencia del sistema de cifra repartidora pues no resulta razonable desconocer la legalidad de la elección por la existencia probada de irregularidades que no tengan eficacia alguna para alterar la voluntad de los electores manifestada en las urnas. Al respecto, es necesario recalcar que, antes de la Reforma como ahora, se carece de una norma jurídica que determine al juez cuál es el número de votos necesario y suficiente para declarar la nulidad de una elección.

Por otra parte, es manifiestamente claro que el nuevo sistema electoral obliga a considerar nuevas circunstancias para determinar en qué eventos debe entenderse que un resultado electoral puede ser modificado por el registro de votos depositados irregularmente.

Saltan a la vista las siguientes:

1. Incidencia de los votos irregulares sobre el umbral

Es posible que un número determinado de votos tenga la entidad cuantitativa suficiente para modificar el umbral de uno o más partidos que, de acuerdo con el artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, debe ser superado por las listas de estos para acceder al derecho a participar en el reparto de curules, de acuerdo con la cifra repartidora.

Dicho umbral, conforme a su regulación constitucional, es distinto para las diferentes corporaciones públicas, pues corresponderá a

un número de votos que no podrá ser inferior al dos por ciento (2%) de los sufragados para Senado de la República, ni al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás corporaciones.

Es evidente que la comprobación en juicio de la existencia de votos falsos que modifique el umbral daría lugar a que alguno de los partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos que, conforme a la elección declarada, tuvo derecho a acceder a curules, pierda ese derecho.

Esta primera circunstancia que afecta el derecho a acceder al reparto de curules daría lugar a la nulidad de la elección, y a la práctica de un nuevo escrutinio en el que algunos partidos pueden ser excluidos y otros incluidos en el reparto de curules.

Se advierte, no obstante, que una modificación del umbral puede o no modificar la cifra repartidora y el orden en que resultan elegidos los candidatos al interior de una misma lista.

2. Incidencia de los votos irregulares sobre la cifra repartidora

Es posible, igualmente, que un número determinado de votos registrados ilegalmente tenga la entidad cuantitativa suficiente para modificar, no ya el umbral en los términos descritos antes, sino la cifra repartidora.

Sin embargo, no sobra advertir como se hizo con el umbral, que los votos que se incluyan o excluyan pueden modificar la cifra repartidora y la adjudicación de curules al interior de una lista y por otra parte, que, de acuerdo con la consideración esencial que inspira la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre eficacia del voto, debe tenerse en cuenta que dicha modificación debe tener entidad cuantitativa suficiente para que alguno de los partidos o movimientos políticos, o grupos significativos de ciudadanos que superaron el umbral y que, conforme a la elección declarada se beneficiaron de la cifra repartidora y obtuvieron un número determinado de curules pierda el derecho a obtener algunas de ellas o que alguna otra lista lo adquiera.

Al margen de todas las incidencias que puedan generarse como consecuencia del cambio de la cifra repartidora es claro que este hecho debe dar lugar a la anulación de la elección y a la realización de un nuevo escrutinio.

3. Incidencia de los votos irregulares sobre la distribución de curules al interior de una lista con voto preferente

Es previsible también que dentro de un proceso de nulidad electoral se pruebe que se registraron ilegalmente votos de ciudadanos o que se dejaron de incluir, en proporción suficiente para modificar el resultado de las elecciones declaradas, no ya a nivel de umbral o de cifra repartidora, sino al interior de algunas de las listas con voto preferente que tuvieron derecho a una curul conforme al acto administrativo que declaró elegidos a los miembros de una corporación pública. Evidentemente las listas cerradas no serán afectadas por la nulidad de algunos votos, toda vez que el resultado seguirá siempre favoreciendo al cabeza de lista.

Este tipo de incidencia debe normalmente tener el efecto de los votos depositados irregularmente en un escrutinio por cuociente electoral, semejante al de la jurisprudencia tradicional examinada en otro capítulo, vale decir, determinar que un candidato en lugar de otro tiene el derecho a ser declarado elegido.

4. Incidencia de los votos irregulares sobre el umbral, la cifra repartidora y las listas en particular

Hasta ahora hemos enunciado casos en los cuales sea previsible que el registro de votos ilegales o la omisión ilegal de su cómputo, tengan la entidad cuantitativa para afectar los elementos enunciados por separado, sin que afecten a los demás. Pero también es previsible que dentro de un proceso electoral se concluya que la exclusión o inclusión de votos en los registros electorales modifiquen, al tiempo, dos o más de los elementos señalados.

En orden a examinar las consecuencias de aplicar a los 4 casos enunciados la solución tradicional que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado a los eventos en que se prueba que un

número determinado de votos tienen la capacidad para modificar el resultado de las elecciones declaradas, resulta de primordial importancia examinar concretamente si los artículos 247 y 226 del C. C. A., que disponen que decretada la nulidad de una elección y de las actas de escrutinio de algunas mesas se comprobó la existencia de votos falsos, debe ordenarse la práctica de un nuevo escrutinio en el que se excluirán estas últimas del cómputo general, son aplicables a las situaciones de hecho descritas y en ese entendido, cuál sería el más probable efecto de dicha aplicación.

Consecuencias de la aplicación de la jurisprudencia tradicional sobre la eficacia del voto

La jurisprudencia ha señalado que en los eventos en que los cargos formulados en una demanda de nulidad electoral se funden en causales de nulidad objetivas (fraude en las elecciones o el escrutinio, violación de normas legales), y como consecuencia de su prosperidad resulte necesario incluir o excluir votos, en la sentencia que ponga fin al proceso se debe disponer la práctica de nuevo escrutinio y declarar una nueva elección excluyendo los votos de las mesas afectadas, cualquiera sea el número de votos fraudulentos. No ocurre así cuando la nulidad proviene de la comprobación de una inhabilidad o ausencia de calidades del elegido, en que debe repetirse la elección.

Se observa, en primer lugar, que si el número de votos falsos es de tal entidad que afecta el umbral de algunos partidos y la cifra repartidora, pese a que los efectos de la aplicación del artículo 226 del C.C.A. tienen el mismo efecto de excluir un elevado número de votos legítimos, cuando quiera que se constate la existencia de por lo menos un voto falso en una mesa de votación, con resultados inciertos sobre el total de las votaciones obtenidas por candidatos y partidos y por ende de la elección misma, su aplicación podría sostenerse, inclusive con los mismos argumentos con que se ha venido aplicando hasta ahora en casos similares en el marco del escrutinio por cuociente electoral.

Sin embargo, aparte de lo anterior que se rebela de suyo problemático, sí se advierte una gran desproporción e irrazonabilidad si se aplica la norma del artículo 226 del C.C.A. en el caso de un proce-

so de nulidad electoral donde se establezca que un número de votos irregulares, por su cantidad, solo tendría el efecto de modificar el resultado de la elección declarada al interior de una lista, porque al excluir las mesas de votación donde se registraron votos falsos se podría modificar el umbral y la cifra repartidora y por tanto, otorgar a listas nuevas el “derecho” de participar en el reparto de curules al tiempo que se excluyen otras. En efecto, si se aplicara el artículo 226 en armonía con el 247 ibídem se tendría que disponer la nulidad de la elección de todos los miembros de la corporación de que se trate, la práctica de nuevo escrutinio con exclusión de los registros en que se computó al menos un voto falso y que se proceda a declarar la elección conforme al resultado del mismo, lo que sin justificación jurídica razonable, determinaría la afectación del umbral y la cifra repartidora y por ende las elecciones por listas de partidos o movimientos políticos cuyas votaciones fueron completamente ajenas al fraude comprobado.

Un escenario como el descrito, en que resulta previsible que el número de votos registrados ilegalmente no altera el umbral ni la cifra repartidora, pero la exclusión de todos los votos registrados en las actas en que se computaron aquellos sí, pone en evidencia que los artículos 226 y 247 del C. C. A., constituyen reglas cuya compatibilidad con la regulación constitucional del nuevo sistema de escrutinio aparece ciertamente en entredicho.

Para salvar un tal obstáculo podría optarse por alguna de las siguientes soluciones:

i) Disponer en la sentencia que en el escrutinio que se realice debe respetarse el derecho que los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos tienen de distribuirse las curules conforme al umbral y cifra repartidora originales, por estar probado que los votos irregulares no los afectan, y que la exclusión de los registros donde se computaron votos fraudulentos solo se extienda a aquellas mesas de votación donde aparecieron votos falsos y en donde, a su vez, se hayan registrado votos a favor de las listas en cuyo interior pudiera haber modificaciones.

ii) Extremarse, por vía jurisprudencial, las exigencias de determinación de los hechos, del concepto de la violación y de las pretensiones de la demanda a fin de que, para fijar el marco de la litis, el

demandante señale si lo que pretende es la declaración de nulidad de la elección de uno o varios de los miembros de una lista en particular, la modificación del umbral, y por tanto el derecho de partidos o movimientos políticos a participar de la distribución de curules, o la modificación de la cifra repartidora y por tanto, el derecho a obtener un número determinado de curules para una lista.

Antes como ahora, sigue gravitando sobre el fenómeno examinado la ausencia de una norma jurídica que establezca cuál es el número de votos falsos que autorizan al juez a decretar la nulidad de una elección y cuál la solución que permita sancionar la violación que consiste en pervertir las elecciones con la introducción de votos falsos, en forma equitativa y proporcional a los beneficios que pudieran obtener los candidatos que eventualmente se beneficien con ello.

Es necesario que el Legislador adopte a la mayor brevedad posible una norma que establezca, por ejemplo, que en el evento de acreditarse la existencia de votos falsos en una mesa de votación solo se excluirán un número de votos equivalente a una proporción de los obtenidos por cada lista o candidato en la respectiva mesa. Así, el establecimiento de esta especie de sanción por la falsedad ayuda a preservar la integridad de las elecciones en la medida en que constituirá interés de los actores políticos la salvaguarda de la transparencia de las mismas.

5. El principio de la eficacia del voto en las circunscripciones especiales

Un tema final tiene que ver con las circunscripciones especiales y la aplicación del principio de la eficacia del voto, en la medida en que se pretenda la nulidad de una elección por circunscripción especial con base en acusaciones indistintas de falsedad de registros electorales que incluyan mesas de votación donde se hayan depositado votos por dicha circunscripción y por la circunscripción nacional ordinaria.

La Constitución, ha previsto en el artículo 171 que el Senado estará integrado, además de miembros elegidos por circunscripción nacional, por 2 senadores elegidos en circunscripción nacional es-

pecial por comunidades indígenas y en el artículo 176, que la Cámara de Representantes se elegirá por circunscripciones territoriales y especiales y una internacional; dispuso además, que la ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas mediante la cual se podrá elegir hasta cuatro representantes y que para los colombianos residentes en el exterior habrá una circunscripción Internacional en que se elegirá un representante. Dichas circunscripciones han sido reguladas por la ley.

Nuestro sistema electoral no obliga a que los ciudadanos que voten en dicha circunscripciones se registren en un censo especial ni separa geográfica ni temporalmente el proceso de votación y de escrutinio por circunscripciones, pues los ciudadanos concurren en el mismo día y en las mismas locaciones a votar por candidatos de circunscripción nacional, territorial o especial, utilizando idénticas tarjetas electorales y mesas de votación y sus votos se escrutan al tiempo y con el mismo tipo de pliegos electorales. Ello, sin duda, asegura el principio del secreto del voto.

No obstante lo anterior, los votos de cada circunscripción se escrutan y se computan por separado para efectos de calcular, sea el cuociente electoral o el umbral y declarar las elecciones, para lo cual solo tienen en cuenta los votos depositados por candidatos de las mismas circunscripciones.

De manera que cuando se demanda la nulidad de una elección por circunscripción especial será necesario tener en cuenta que el número de votos falsos que adquieran entidad cuantitativa suficiente para determinar la nulidad de la elección y que afectan a las mesas que en aplicación de artículo 226 del C.C.A. deban excluirse, solo pueden ser aquellos que correspondan a la respectiva circunscripción, sin incluir los que resulten acusados y comprobados que hayan sido depositados por una circunscripción diferente.

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

Con énfasis en las medidas para solucionar la mora y la congestión, en particular la implementación de los juzgados administrativos

Carlos Lesmes Serrano

Presidente de la Sala Contencioso Administrativa
de la Audiencia Nacional de España

INTRODUCCIÓN

 El artículo 106 de la Constitución Española atribuye a los Tribunales la transcendental tarea de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de la misma a los fines que la justifican. La plena efectividad de este mandato constitucional comporta que la jurisdicción contencioso-administrativa asuma un papel esencial en la sociedad democrática, y en la propia y efectiva consolidación del Estado de Derecho.

Junto a los cometidos específicos del resto de los órdenes jurisdiccionales, el contencioso-administrativo tiene asignado el importante cometido constitucional de controlar el sometimiento pleno de la actuación de la Administración Pública a la Ley. De esta forma, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha de ser observa-

do, no sólo como garante de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas, sino como guardian del efectivo sometimiento de la actividad administrativa al Derecho.

Por otro lado, en las sociedades modernas se ha producido un fenómeno de progresiva concienciación de los ciudadanos en cuanto a la titularidad de sus derechos frente a la Administración Pública, un incremento en la complejidad de las estructuras administrativas, y una auténtica configuración de la jurisdicción como servicio público. Todo ello ha llevado a un notable incremento de la litigiosidad al que hay que hacer frente.

Los problemas que se derivan de la situación que se acaba exponer son muy numerosos y las medidas para atajarlos también son muy variadas. Abordaremos en esta exposición aquellos aspectos que nos parecen más relevantes desde la experiencia española. Así, la evolución de la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en España en los últimos cincuenta años acomodándose a la propia evolución política del país y a su organización territorial, la relativamente reciente implantación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que ha permitido una importante descongestión de los tribunales colegiados, las medidas procesales incorporadas a la Ley de la Jurisdicción de 1998 que han resultado efectivas para reducir la litigiosidad, la formación especializada de los jueces administrativos y la reciente implantación de un nuevo modelo organizativo de las oficinas judiciales.

LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

La organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en España viene regulada fundamentalmente en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Sin embargo no todos los aspectos aparecen allí regulados. La Ley de Demarcación y Planta Judicial contiene normas que pueden ser calificadas de orgánicas, en tanto que se refieren a la organización de Juzgados y Tribunales, y nuestra propia Ley de la Jurisdicción de 1998 contiene también

preceptos que merecen ese calificativo, aunque hemos de convenir desde ya la supremacía de la LOPJ sobre las otras dos normas, al estar llamada por la Constitución a regular de la forma más completa posible todos los aspectos relativos a la organización de la Jurisdicción.

Tradicionalmente, nuestro ordenamiento procesal administrativo ha distinguido en el seno de esta jurisdicción dos tipos de órganos: los de la esfera central y los de la esfera territorial o local, todos ellos de composición pluripersonal o colegiada.

La Ley de la Jurisdicción de 1956 mantuvo este mismo criterio, fijando a nivel territorial a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales y en el central las Salas de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de Revisión del Tribunal Supremo, desconociendo también los órganos unipersonales contencioso administrativos, justificándose el rechazo en la imposible especialización de los jueces que accedieran a estos órganos atendida la dificultad de la materia administrativa así como la trascendencia que tiene esta jurisdicción para los intereses generales e incluso la propia dignidad de la Administración y sus autoridades. Así, pese a la plena judicialización de esta Jurisdicción, no se asumió por la Ley del 56 la estructura vigente en la organización de la Jurisdicción civil montada sobre la base de una primera instancia jurisdiccional atribuida a órganos unipersonales –juzgados–, una segunda instancia residenciada en Tribunales Colegiados –las Salas de las Audiencias Territoriales– y una casación ante el Tribunal Supremo.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 al establecer los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa, se inspiró en algunos de los criterios novedosos de la Ley de la Jurisdicción de 1956, como el que los órganos de la Jurisdicción fueran plenamente judiciales o la especialización de sus Magistrados. Sin embargo frente a esta, incorporó como gran novedad los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que no habrían de tener virtualidad hasta la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, y consolidó como órgano con jurisdicción en toda España, junto a la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, nacida apenas unos años antes. Las Audiencias Territoriales fueron sustituidas

por los Tribunales Superiores de Justicia, acomodándose a la realidad de un Estado compuesto por Comunidades Autónomas en las que estos órganos judiciales culminan la organización judicial en su ámbito territorial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152.1, párrafo segundo, de la Constitución Española de 1978.

La nueva Ley de la Jurisdicción de 1998 no altera este diseño orgánico, limitándose a reordenar las competencias ante la entrada en funcionamiento de los Juzgados, añadiendo, eso sí, sobre la organización de la LOPJ los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo desconocidos en aquella.

Olvidada ya la polémica por la puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que contó con la oposición de nuestra mejor doctrina, y consolidados en nuestro sistema judicial de forma exitosa, han visto recientemente, a través de la Ley Orgánica 19/2003, de reforma de la LOPJ, incrementadas notablemente sus competencias. Podemos considerar, por tanto, plenamente consolidado este sistema.

El artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 se encarga de enumerar los órganos que la componen:

- a) Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
- b) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.
- c) Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.
- d) Sala de Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.
- e) Sala de Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

El número y composición de estos órganos se regulan en los arts. 54, 55, 61, 63 y 72 de la LOPJ.

En definitiva, nos encontramos con un sistema del que ya no pueden predicarse disimilitudes fundamentales respecto de los otros órdenes jurisdiccionales y que en su evolución tiende a equipararse cada vez más con ellos.

Sin embargo, la Jurisdicción Contencioso-administrativa tiene una absoluta particularidad respecto de las otras Jurisdicciones que consiste en la presencia de la Administración como sujeto justificable necesario. La relación jurídica de la que se deduce la pretensión procesal tiene siempre como sujeto una Administración Pública, y este hecho no puede ni debe ser indiferente a la materia que estamos tratando.

Queremos decir que a la organización de la Jurisdicción contenciosa no le es indiferente la organización de la Administración, y quizá en este punto es donde convenga hacer una reflexión.

Tenemos una dualidad de órganos centrales-órganos territoriales en la Jurisdicción que no se acomoda con precisión con esa misma dualidad en la organización administrativa de Administración central – Administraciones territoriales. Sin embargo, esa acomodación existió, salvando las distancias, en la Ley de la Jurisdicción de 1956, en la que la función de órgano central la cumplía entonces el Tribunal Supremo a través de sus tres Salas y la de órganos territoriales las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales, conociendo el primero de todos los actos y disposiciones emanados de la Administración Central y las segundas de los actos y disposiciones de las Administraciones Territoriales. A este modelo racional y sencillo, adaptado a la organización administrativa actual, seguramente tenderá la organización de la Jurisdicción en los próximos años.

Dentro de este organigrama la Audiencia Nacional –también su Sala de lo Contencioso-administrativo- fue puesta en cuestión desde su nacimiento, considerándose incluso que se trataba de un Tribunal cuya existencia vulneraba la Constitución.

Solventadas las dudas sobre su constitucionalidad por diversas sentencias del Tribunal Constitucional, muy especialmente la 91/1998, de 23 de abril, referida expresamente a la Sala de lo Contencioso-administrativo, quizá haya llegado el momento de hacer una revisión sustancial de sus competencias en el marco del modelo territorial de las Administraciones Públicas instaurado en la Constitución Española de 1978, sobre el que se pretende avanzar ahora, muy destacadamente en materia de organización de la justicia.

El modelo organizativo de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española, de acuerdo con el diseño de las Administraciones dentro del Estado Autónomo actual, tenderá a bascular sobre dos grandes tipos de órganos: los órganos centrales (Juzgados Centrales y Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional) y los órganos territoriales (Juzgados y Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia), deslindando las competencias de unos y otros, como cuestión de principio, según la competencia territorial de la Administración de la que procede el acto o disposición enjuiciado. El Tribunal Supremo ejercería a través de la casación el control de legalidad que le corresponde sobre la totalidad del sistema.

Los criterios competenciales en el orden contencioso-administrativo

Ya hemos visto en el anterior punto que la organización transciende a la competencia, o más bien que es el diseño de la competencia el que determina una organización concreta.

Actualmente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo español, a diferencia de lo que ocurre en el orden civil, todos los órganos judiciales tienen competencia objetiva en primera o única instancia, incluido el Tribunal Supremo. Esta modalidad competencial se determina por razón de la naturaleza de la Administración y jerarquía del órgano a cuya actuación se refiera la pretensión, de manera que a mayor jerarquía administrativa del órgano del que emana el acto o disposición mayor jerarquía del órgano judicial encargado de juzgarlo.

Examinando en su conjunto el sistema es ciertamente complejo pues combina para determinar la competencia objetiva el principio de jerarquía del acto con los principios materiales y de cuantía, lo que da lugar a constantes problemas interpretativos.

Ya hemos fijado un criterio en el anterior apartado delimitador de competencia entre órganos jurisdiccionales centrales y órganos jurisdiccionales territoriales. Toca ahora fijar otro que deslinde las competencias entre los órganos colegiados y los unipersonales dentro un mismo Tribunal (Audiencia Nacional o Tribunal Superior de

Justicia). Lo más racional y sencillo sería seguir el modelo del orden civil que atribuye la primera instancia de todos los asuntos al órgano unipersonal y la segunda instancia al colegiado, correspondiendo al Tribunal Supremo exclusivamente la función casacional.

No parece posible, pese a los avances de confianza en los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, hacer un diseño similar en este orden jurisdiccional, pero sí es posible y deseable caminar en esa dirección. Y se camina volviendo al modelo original de la Ley Orgánica del Poder Judicial que estableció en su artículo 91 la competencia residual de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo. El órgano unipersonal tendría así, en el ámbito central o territorial, competencia sobre todas las materias no expresamente atribuidas a los órganos colegiados, agrupando en la mayor medida posible la competencia objetiva en primera instancia.

La Planta de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España. Necesidades

La Planta Judicial de esta Jurisdicción según datos del año 2005 asciende a un total de 472 Magistrados, distribuidos de la siguiente manera:

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 33 Magistrados según el Anexo II de la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial.

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 40 Magistrados, divididos en 8 secciones – Anexo III de la Ley 38/1988.

Las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, que en principio extienden su jurisdicción al ámbito de la Comunidad Autónoma, aunque existen Salas con jurisdicción limitada a una o varias provincias de la misma Comunidad –artículo 78 de la Ley Orgánica-. Es el caso de las Salas de Sevilla, Granada, Málaga, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife, Burgos y Valladolid. El Anexo IV de la ley de planta prevé para todas ellas 220 Magistrados.

Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo asciende a 10 y extienden su jurisdicción a todo el territorio nacional, en

tanto que los juzgados de lo Contencioso-administrativo ascienden a 169 y en su mayor parte tienen jurisdicción provincial, aunque algunos la tienen inferior - Anexo VIII de la ley 38/1988.

Los Magistrados que se integran en la Jurisdicción Contencioso-administrativa vienen a representar poco más del 10% sobre el total de la Carrera Judicial.

La ley de la jurisdicción de 1998 y la puesta en funcionamiento de los juzgados unipersonales de lo contencioso-administrativo. Incidencia producida en este orden jurisdiccional

El Libro Blanco de la Justicia elaborado entre los años 1996 y 1997 destacaba que en la Jurisdicción Contencioso-administrativa el retraso inicial mínimo en la resolución de los recursos era el mayor de todos los órdenes jurisdiccionales, superando ampliamente el tiempo medio de resolución de los otros órdenes pese a que era el que menor número de asuntos ingresaba.

En el año 1998 el número de asuntos ingresados en la Jurisdicción Contencioso-administrativa española ascendió a 161.598, habiéndose incrementado esa cifra año tras año hasta llegar a los 221.610 registrados en el año 2005.

Ese mismo año 1998 se resolvieron 123.785 asuntos, siendo el volumen de los pendientes a final de año de 355.144 asuntos, casi tres veces más de los que se resolvieron. Los tiempos de resolución en todos los Tribunales superaban ampliamente los tres años.

La situación actual, tras la implantación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo es sensiblemente mejor que la de 1998.

En esta mejora de resultados ha influido decisivamente no sólo la puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo sino también determinadas medidas contenidas en la nueva Ley de la Jurisdicción.

El número de asuntos resueltos en el año 2005 ascendió a 218.646 y el de pendientes a final de año ascendió a 295.144, habiéndose me-

jorado extraordinariamente la tasa de pendencia y la de resolución. La primera pasó de prácticamente tres años a un año y tres meses y la segunda equiparó prácticamente el número de asuntos resueltos con el de ingresados.

En un estudio más desagregado de estos datos se constata que la mayor parte de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional tienen una capacidad de resolución superior a la entrada de asuntos, por lo que puede afirmarse que, salvo algún caso aislado, tienen cubiertas razonablemente sus necesidades de planta.

Si miramos los datos referidos a los Juzgados existe también un gran equilibrio en la mayor parte de ellos, entre asuntos registrados y asuntos resueltos, con alguna excepción significativa como Málaga y Las Palmas.

Sin embargo, después de la reforma operada en la Ley de la Jurisdicción por la ley Orgánica 19/2003, que incrementó las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, la tendencia es un incremento de la pendencia de los Juzgados y una situación de estabilidad en los órganos colegiados, de suerte que si en unos años no se amplía suficientemente la planta de los Juzgados estos podrían colapsarse. Así, de los 221.610 asuntos ingresados en el año 2005, más de 120.000 correspondieron a los Juzgados.

La competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo es la siguiente, según los arts. 8 y 9 de la Ley de la Jurisdicción:

Artículo 8

1. Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, en única o primera instancia según lo dispuesto en esta Ley, de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico.

2. Conocerán, asimismo, en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las comunidades autónomas, salvo cuando procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto:

a) *Cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera.*

b) *Las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses.*

c) *Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros.*

3. *Conocerán en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado y de las comunidades autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y contra las resoluciones de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente los dictados por aquéllos en vía de recurso, fiscalización o tutela.*

Se exceptúan los actos de cuantía superior a 60.000 euros dictados por la Administración periférica del Estado y los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, o cuando se dicten en ejercicio de sus competencias sobre dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales.

4. *Conocerán, igualmente de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado.*

5. *Corresponde conocer a los Juzgados de las impugnaciones contra actos de las juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales, en los términos previstos en la legislación electoral.*

6. *Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública. Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.*

Artículo 9

Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto:

a) *En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que confirmen*

en vía de recurso, fiscalización o tutela, actos dictados por órganos inferiores, o se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el art. 11.1.a) sobre personal militar.

b) En única o primera instancia contra los actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado en los supuestos previstos en el apartado 2.b) del art.8.

c) En primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo i) del apartado 1 del art. 10.

d) En primera o única instancia, de los recursos contra las resoluciones dictadas por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial cuando lo reclamado no exceda de 30.050 euros.

e) En primera instancia, de las resoluciones que acuerden la inadmisión de las peticiones de asilo político.

Además de la creación de los Juzgados unipersonales, ya contemplados en la LOPJ de 1985, el Libro Blanco aportó otras soluciones para aliviar el colapso que padecía la Jurisdicción, muchas de ellas incorporadas en la nueva ley de 1998.

Destacamos las siguientes:

- La especialización en el orden Jurisdiccional.
- Implementación de mecanismos transaccionales para la evitación del proceso, permitiendo a las defensas públicas la disposición de la acción procesal.
- Regulación de un procedimiento oral y concentrado, encuadrable en el ámbito competencial de los Juzgados para resolver pretensiones de escasa cuantía, siguiendo el modelo de la Jurisdicción social.
- Incremento de la oralidad para la adopción de medidas cautelares y en el procedimiento de protección de derechos fundamentales.

- Calificación inicial de los recursos por el Presidente o Secretario para la planificación y reparto de trabajo, fundamental para detectar asuntos repetitivos.
- Establecimiento de sistemas que faciliten la resolución de asuntos repetitivos, potenciando la acumulación y permitiendo la tramitación preferente de un recurso singular –recurso testigo– entre varios iguales, que quedarían suspendidos hasta la resolución del primero. También la extensión de efectos de las sentencias a supuestos idénticos al ya enjuiciado.
- Mejoras en el sistema de remisión del expediente por la Administración.
- Eficacia en los señalamientos, íntimamente ligado a una inicial y acertada calificación de los recursos, debiendo incluir materias homogéneas a los efectos de sentar doctrina del órgano judicial en relación con cada tema y mejorar los índices de productividad de los magistrados.
- Mejora de la ejecución y de los mecanismos para compelir a la Administración al cumplimiento de las sentencias, en particular la identificación del funcionario responsable de la ejecución, el establecimiento de un régimen de intereses que haga especialmente gravoso el no cumplimiento.
- Nueva regulación de las medidas cautelares, estableciéndose la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas, provisionales e incluso, “inaudita parte” en aquellos supuestos en que la ejecución del acto sea inmediata y resulte imposible cumplimentar el trámite de audiencia.
- Criterio objetivo del vencimiento para la imposición de las costas.

Como dijimos no todas estas medidas fueron incorporadas posteriormente a la ley pero sí la mayor parte de ellas.

De especial interés son las normas relativas a la acumulación de recurso, del recurso-testigo y de la extensión de efectos. Se encuentran contenidas en el capítulo III del Título III, artículos 34 a 39 y en los artículos 110 y 111 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Dicen estos preceptos:

CAPÍTULO III. ACUMULACIÓN

Artículo 34

1. Serán acumulables en un proceso las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto, disposición o actuación.
2. Lo serán también las que se refieran a varios actos, disposiciones o actuaciones cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa.

Artículo 35

1. El actor podrá acumular en su demanda cuantas pretensiones reúnan los requisitos señalados en el artículo anterior.
2. Si el órgano jurisdiccional no estimare pertinente la acumulación, ordenará a la parte que interponga por separado los recursos en el plazo de treinta días y, si no lo efectuare, se tendrá por caducado aquel recurso respecto del cual no se hubiere dado cumplimiento a lo ordenado.

Artículo 36

1. Si antes de la sentencia, se dictare o se tuviere conocimiento de la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde con el que sea objeto del recurso en tramitación la relación prevista en el art. 34, el demandante podrá solicitar, dentro del plazo que señala el art. 46, la ampliación del recurso a aquel acto administrativo, disposición o actuación.
2. De esta petición, que producirá la suspensión del recurso del procedimiento, se dará traslado a las partes para que presenten alegaciones en el plazo común den cinco días.
3. Si el órgano jurisdiccional accediere a la ampliación, continuará la suspensión de la tramitación del proceso en tanto no se alcance respecto de aquélla el mismo estado que tuviere el procedimiento inicial.
4. Será asimismo aplicable lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo cuando en los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra actos presuntos la Administración dictare durante su tramitación resolución expresa respecto de la pretensión inicialmente deducida. En tal caso podrá el recurrente desistir del recurso interpuesto con fundamento en la aceptación de la resolución expresa que se hubiere dictado o solicitar la ampliación a la resolución expresa. Una vez producido el desistimiento del recurso inicialmente interpuesto, el plazo para recurrir la resolución expresa, que será de dos meses, se contará desde el día siguiente al de la notificación de la misma.

Artículo 37

- 1. Interpuestos varios recursos contencioso-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el art. 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas.*
- 2. Cuando ante un juez o tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos y tramitar uno o varios con carácter preferente, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros.*
- 3. La sentencia se notificará a las partes afectadas por la suspensión, que podrán interesar la extensión de sus efectos en los términos del art. 111, o bien desistir del recurso. De no hacerlo, se llevará testimonio a los recursos suspendidos.*

Artículo 38

- 1. La administración comunicará al Tribunal, al remitirle el expediente administrativo, si tiene conocimiento de la existencia de otros recursos contencioso-administrativos en los que puedan concurrir los supuestos de acumulación que previene el presente capítulo.*
- 2. El Secretario Judicial pondrá en conocimiento del Juez los procesos que se tramiten en su Secretaría en los que puedan concurrir los supuestos de acumulación que previene el presente capítulo.*

Artículo 39

Contra las resoluciones sobre acumulación, ampliación y tramitación preferente sólo se dará recurso de súplica.

Artículo 110

- 1. En materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurran las siguientes circunstancias:*
 - a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.*
 - b) Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.*

- c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de esta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de la ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste.
- 2) La solicitud deberá dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos.
- 3) La petición al órgano jurisdiccional se formulará en escrito razonado al que deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones o la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5 de este artículo.
- 4) Antes de resolver, en los 20 días siguientes, el Juez o tribunal de la ejecución recabará de la Administración los antecedentes que estime oportunos y, en todo caso, un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada, poniendo de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de tres días, con emplazamiento, en su caso, de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión. Una vez evacuado el trámite, resolverá sin más por medio de auto, en el que no podrá reconocerse una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate.
- 5) El incidente se desestimarán, en todo caso, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
- a) Si existiera cosa juzgada.
- b) Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el art. 99.
- c) Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado efecto en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo.
- 6) Si se encuentra pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado recurso.
- 7) El régimen de recurso del auto dictado se ajustará a las reglas generales previstas en el art. 80.

Artículo 111

Cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el art. 37.2, los recurrentes afectados por la suspensión podrán interesar del Juez o Tribunal de la ejecución que extienda a

su favor los efectos de la sentencia o sentencias firmes recaídas en los recursos resueltos, con arreglo a lo establecido en los apartados 3, 4 y 5 del artículo anterior en cuanto resulten aplicables.

También es de interés resaltar la introducción de un procedimiento abreviado para la mayor parte de los asuntos de que conocen los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, procedimiento que se desarrolla oralmente y de forma concentrada y bajo el principio de inmediación.

Se encuentra regulado en el art. 78 de la Ley de la Jurisdicción en los siguientes términos:

CAPÍTULO II. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Artículo 78

1. *Los Juzgados de lo contencioso-administrativo de este orden jurisdiccional conocen por el procedimiento abreviado de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 13.000 euros.*
2. *El recurso se iniciará por demanda, a la que se acompañará el documento o documentos en que el actor funde su derecho y aquellos previstos en el art. 45.2.*
3. *Presentada la demanda, el Juez, previo examen de su jurisdicción y de su competencia objetiva, dictará providencia en la que ordenará, en su caso, la admisión de la demanda y su traslado al demandado y citará a las partes para la celebración de vista, con indicación de día y hora. En la misma providencia ordenará a la Administración demandada que remita el expediente administrativo, con al menos quince días de antelación del término señalado para la vista.*
4. *Recibido el expediente administrativo, el Juez lo remitirá al actor y a los interesados que se hubieren personado para que puedan hacer alegaciones en el acto de la vista.*
5. *Comparecidas las partes, o alguna de ellas, el Juez declarará abierta la vista. Si las partes no comparecieren, o lo hiciere sólo el demandado, se tendrá al actor por desistido del recurso, y se le condenará en costas, y, si compareciere sólo el actor, se proseguirá la vista en ausencia del demandado.*
6. *La vista comenzará con exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de los expuestos en la demanda.*
7. *Acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a la*

jurisdicción, a la competencia objetiva y territorial y cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

8. *Oído el demandante sobre estas cuestiones, el Juez resolverá lo que proceda, y si mandase proseguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad. Lo mismo podrá hacer el demandante si el Juez, al resolver sobre alguna de dichas cuestiones, declinara el conocimiento del asunto en favor de otro Juzgado o Tribunal o entendiese que debe declarar la inadmisibilidad del recurso.*

9. *Si en sus alegaciones el demandado hubiese impugnado la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía, el Juez, antes de practicarse la prueba o, en su caso, las conclusiones, exhortará a las partes a ponerse de acuerdo sobre tal extremo. Si no se alcanzare el acuerdo, decidirá el Juez, que dará al proceso el curso procedimental que corresponda según la cuantía que él determine. Frente a la decisión del Juez no se dará recurso alguno.*

10. *Si no se suscitasen las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, habiéndose suscitado, se resolviese por el Juez la continuación del juicio, se dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos en que fundamenten sus pretensiones. Si no hubiere conformidad sobre ellos, se propondrán las pruebas y, una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente.*

11. *Cuando de las alegaciones de las partes se desprenda la conformidad de todos los demandados con las pretensiones del actor, el carácter meramente jurídico de la controversia, la ausencia de proposición de la prueba o la inadmisibilidad de toda prueba propuesta, y las partes no deseasen formular conclusiones, el Juez apreciará tal circunstancia en el acto y, si ninguna parte se opusiere, dictará sentencia sin más dilación. Formulada oposición, el Juez resolverá estimándola, en cuyo caso proseguirá la vista conforme a lo reglado en los apartados siguientes, o desestimándola en la misma sentencia que dicte conforme a lo previsto en el párrafo anterior, antes de resolver sobre el fondo, como especial pronunciamiento.*

12. *Los medios de prueba se practicarán en los juicios abreviados, en cuanto no sea incompatible con sus trámites, del modo previsto para el juicio ordinario.*

13. *Las posiciones para la prueba de confesión se propondrán verbalmente, sin admisión de pliegos.*

14. *No se admitirán escritos de preguntas y repreguntas para la prueba testifical. Cuando el número de testigos fuese excesivo y, a criterio del órgano judicial, sus manifestaciones pudieran constituir inútil reiteración del testimonio sobre hechos suficientemente esclarecidos, aquél podrá limitarlos discrecionalmente.*

15. Los testigos no podrán ser tachados y, únicamente en conclusiones, las partes podrán hacer las observaciones que sean oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones.
16. En la práctica de la prueba pericial no serán de aplicación las reglas generales sobre insaculación de peritos.
17. Contra las resoluciones del Juez sobre denegación de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaran como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán interponer en el acto recurso de súplica, que se sustanciará y resolverá seguidamente.
18. Si el Juez estimase que alguna prueba relevante no puede practicarse en la vista, sin mala fe por parte de quien tuviera la carga de aportarla, la suspenderá, señalando el acto, y sin necesidad de nueva notificación, el lugar, día y hora en que deba reanudarse.
19. Tras la práctica de la prueba, si la hubiere y, en su caso, de las conclusiones, oídos los Letrados, las personas que sean parte en los asuntos podrán, con la venia del Juez, exponer de palabra lo que crean oportuno para su defensa a la conclusión de la vista, antes de darla por terminada.
20. El Juez dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista.
21. Durante la celebración del juicio se irá extendiendo la correspondiente acta, en la que se hará constar:
 - a) Lugar, fecha, Juez que preside el acto, partes comparecientes, representantes, en su caso, y defensores que las asisten.
 - b) Breve resumen de las alegaciones de las partes, medios de prueba propuestos por ellas, declaración expresa de su pertinencia o impertinencia, razones de la negación y protesta, en su caso.
 - c) En cuanto a las pruebas admitidas y practicadas:
1. Resumen suficiente de las de confesión y testifical.
2. Relación circunstanciada de los documentos presentados, o datos suficientes de permitan identificarlos, en el caso de que su excesivo número haga desaconsejable la citada relación.
3. Relación de las incidencias planteadas en el juicio respecto a la prueba documental.
4. Resumen suficiente de los informes periciales, así como también de la resolución del Juez en torno a las propuestas de recusación de los peritos.
5. Resumen de las declaraciones realizadas en la vista.

d) Conclusiones y peticiones concretas formuladas por las partes; en caso de que fueran de condena a cantidad, ésta deberá recogerse en el acta.

e) Declaración hecha por el Juez de conclusión de los autos, mandando traerlos a la vista para sentencia.

22. El Juez resolverá, sin ulterior recurso, cualquier observación que se hiciera sobre el contenido del acta, firmándola seguidamente en unión de las partes o de sus representantes o defensores y de los peritos, haciendo constar si alguno de ellos no firma por no poder, no querer hacerlo o no estar presente, firmándola, por último, el Secretario, que dará fe. El acta del juicio podrá ser extendida también, a través de medios mecánicos de reproducción. En tal caso, se exigirán los mismos requisitos expresados en el apartado anterior. Del acta del juicio deberá entregarse copia a quienes hayan sido partes en el proceso, si lo solicitaren.

23. El procedimiento abreviado, en lo no dispuesto en este capítulo, se regirá por las normas generales de la presente Ley.

Finalmente, como medida de descongestión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, se previó en el art. 93 de la Ley de la Jurisdicción, entre los diversos casos que permiten la inadmisión de los recursos, el que se hubiera desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, motivo de inadmisión que actualmente está permitiendo desarrollar un plan para reducir en los próximos cuatro años un 80% de la pendencia existente ante este Tribunal.

Estatuto de los magistrados de lo contencioso-administrativo. Régimen de provisión y la especialidad

La complejidad de las relaciones jurídicas, la imposibilidad que para cualquier profesional tiene el mantener una formación al máximo nivel en todo el espectro de la normativa vigente y la necesidad de dar mayor seguridad y certeza a las resoluciones judiciales obligan a avanzar en el diseño de especialidades en la Carrera Judicial.

Por su parte la sociedad española demanda insistentemente la especialización de los órganos judiciales y de los jueces que los sirven, confiando con ello en obtener una mejor respuesta a sus necesidades. Bien es verdad que sobre esta cuestión existe un cierto papanatismo exagerado que cree encontrar en la especialización judicial la panacea universal que da solución a todo problema social

de nuevo cuño, pero la complejidad del derecho y de la realidad a la que se aplica exigen, no obstante, profundizar en la formación especializada de los Jueces.

La clase política no ha sido ajena a este sentir y así el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito en el año 2001 por los dos grandes partidos nacionales fijó en el punto 5 la especialización como criterio de promoción, adjudicación de destinos y de mejora de niveles retributivos, y en el punto 6, dedicado a la formación de los jueces, sentó el principio programático del desarrollo de programas de formación continuada que permita profundizar en materias concretas y ampliar conocimientos de manera que se favorezca la especialización.

Incluso el actual Ministro de Justicia en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados realizada el día 25 de mayo de 2004 para informar sobre las prioridades y políticas que es preciso impulsar en la Justicia española a lo largo de la presente Legislatura, manifestó que el Juez que demanda la sociedad del siglo XXI *“no es el Juez universal que desde una hipotética e imposible omnisciencia pronuncie las palabras de la ley. Tiene derecho a confiar más bien en un juez inmerso en la sociedad a la que sirve, comprometido con los ciudadanos y que participe de sus inquietudes, socialmente sensible, crecientemente especializado y permanentemente dispuestos a la formación continua.”*

Si vemos el desarrollo del ordenamiento procesal español de los últimos años se constata que todas las grandes reformas han venido acompañadas de cambios orgánicos con la intención de crear categorías de jueces especializados. Sirvan de ejemplo a lo dicho la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad Penal de los Menores, que fija ya en su exposición de motivos su preferencia por los especialistas; la ley Concursal de 9 de julio de 2003, que viene acompañada de modificaciones orgánicas y de planta para crear los Juzgados de lo Mercantil y de jueces especializados encargados de servirlos o, en igual sentido, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La propia Ley Orgánica del Poder Judicial es expresiva, en su evolución, de lo que estamos diciendo. Sirva de paradigma el artículo

329, que en sus sucesivas modificaciones ha ido incorporando nuevas especialidades o mayor exigencia de especialización.

Podemos concluir por tanto que en el sentir social, en la acción política, tanto programática como de acción legislativa, y en la comunidad jurídica hay un deseo patente de potenciación de la especialización de los jueces como mejor forma de servir a la justicia.

Tan rotundas afirmaciones como las que preceden no nos deben llevar al papanatismo denunciado. Siendo relevante la formación especializada de los jueces, lo es aún más su formación jurídica general e integral. El equilibrio entre ambas formaciones debe ser el objetivo a perseguir.

La especialización de los jueces administrativos en el sistema judicial español

Se ha destacado por alguno de los protagonistas de nuestra doctrina científica¹ que uno de los aciertos de la ley de la Jurisdicción de 1956, que ni hoy se discute, es la alta especialización de los Jueces que habían de impartir la Justicia administrativa con el sistema de selección por ella instaurado.

Incluso el anteproyecto inicial de aquella ley quiso ser más exigente, propugnando incluso la oposición como único procedimiento para acceder a la categoría de Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo.

Pues bien, cincuenta años después de que la Ley de la Jurisdicción implantara la especialización de los jueces administrativos el panorama no es tan alentador como lo fue entonces, siendo una de las principales quiebras del sistema actual su incapacidad para reclutar el suficiente número de jueces especializados como sería preciso y con la calidad exigible, quedando sin cubrir muchas de las plazas convocadas año tras año.

El Libro Blanco de la Justicia, que pretendió expresar, a modo de auditoría general, el estado de la Administración de Justicia en Es-

1 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", Ed. Civitas. Pág. 36.

paña, dedicó uno de sus apartados a la especialización en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, reflejando con bastante exactitud las causas de su crisis y ofreciendo algunas propuestas de mejora. Por su interés y actualidad reproducimos su contenido:

"Tema de importancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa es el de la especialización de los jueces y magistrados encargados de servir sus órganos. Ha de considerarse la necesidad inminente de incentivar la participación de los jueces, magistrados y fiscales en las referidas pruebas. El establecimiento de incentivos aparece especialmente necesario en estos momentos, ante la urgente demanda de jueces especialistas para la cobertura de los Juzgados."

Como incentivos a considerar es obligado tener en cuenta, además de otros ya expresados por este Consejo General en sus informes al anteproyecto de Ley de la Jurisdicción y al de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que lo acompañaba, la posibilidad permanecer en la misma plaza una vez superado en proceso selectivo, el reconocimiento del derecho a acceder a las plazas de turno ordinario en todos los órganos judiciales del mismo orden jurisdiccional siempre que garantice la presencia al menos de un magistrado generalista en los órganos colegiados por cada sección, y la consideración de la especialidad como atributo al margen del destino que se ocupe.

En cualquier caso, ningún juez debería acceder a este orden jurisdiccional sin profundos conocimientos en Derecho administrativo y tributario, por lo que parece una exigencia ineludible el establecimiento y la obligada participación de los jueces y magistrados en cursos intensivos de formación, como presupuesto previo a la ocupación de cualquier plaza en este orden jurisdiccional."

Ponía el Libro Blanco el dedo en la llaga cuando mencionaba la necesidad de incentivar la participación en las pruebas de especialidad. Si el sistema implantado por la Ley de la Jurisdicción de 1956 tuvo éxito lo fue precisamente por su acierto en establecer un modelo incentivador que sirvió para atraer a la justicia administrativa, tras un proceso de exigente formación especializada, a excelentes magistrados y fiscales. El abandono de este sistema por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 tuvo la consecuencia de impedir la cobertura año tras año las plazas convocadas.

La Ley de 1956 apostó por un incentivo mixto, que comprendía ventajas estatutarias y retributivas para aquellos que superaban las pruebas de la especialidad. Hoy día un modelo semejante no parece posible por las peculiaridades que presenta la Carrera Judicial, tan

distinta de la de entonces, pero ello no obsta para que a los jueces y fiscales, normalmente en los momentos iniciales de su vida profesional, se les ofrezcan estímulos para que la especialización les resulte atractiva desde el punto de vista de la promoción y satisfacción profesional y los órganos de la jurisdicción puedan estar servidos por jueces altamente capacitados.

Hace unos años resultaba extremadamente ingenuo esperar una exigente formación especializada, con los sacrificios personales que ello conlleva, con el pago de una promoción a órganos colegiados o ciertas ventajas de movilidad, cuando tales beneficios se alcanzaban con brevedad sin necesidad de superar prueba alguna y ello por la extraordinaria expansión de la planta que facilitó ambas cosas. Hoy la situación es diferente. Con una práctica congelación de la planta judicial, que no es previsible que vuelva a crecer en las proporciones que lo ha hecho en los últimos años, y unas opciones de movilidad territorial y de promoción vertical mucho más reducidas, es previsible que un sistema de especialidades, no solo en lo contencioso-administrativo, que ofrezca tales ventajas pueda conseguir atraer mayor número de candidatos con la suficiente preparación que permita los estándares de calidad y cantidad que tantos elogios generaron.

La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ ha pretendido avanzar en algunas de las ideas que se acaban de exponer, incorporando algunas de las propuestas del Libro Blanco en esta materia, y añadiendo otras medidas que buscan fomentar la especialización de los jueces en general, y la de los jueces administrativos en particular.

Puede afirmarse que este sistema de incentivos es el más completo desde la entrada en vigor de la LOPJ y que seguramente propugnará en el futuro un incremento del número de Jueces y Magistrados que realicen la especialidad.

LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

El pacto de Estado para la reforma de la Justicia suscrito por los principales partidos políticos de nuestro país el 28 de mayo de 2001 fijó entre sus objetivos que la Justicia actúe con rapidez, eficacia y ca-

lidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales". Para conseguir estos ambiciosos objetivos se hizo preciso abordar una profunda reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma reguladora de los aspectos fundamentales del poder judicial y de la propia Administración de Justicia.

Los ejes principales de la reforma en materia de oficina judicial se contienen en los Libros V y VI en la nueva redacción de la Ley Orgánica.

La reorganización de la Oficina Judicial resulta una tarea de indudable complejidad debido, entre otras razones, a que en esta realidad concurren un cúmulo de peculiaridades que la singularizan frente a cualquier otro órgano de gestión. En primer lugar, la evolución de las formas de trabajo desempeñado en las oficinas judiciales exige nuevas estructuras con un mayor y mejor diseño organizativo, imprescindible no sólo por la progresiva incorporación de nuevas tecnologías a este ámbito sino fundamentalmente para obtener una atención de calidad a los ciudadanos. En segundo lugar, las oficinas judiciales no pueden ser ajenas a la realidad del Estado autonómico, especialmente cuando se ha producido un intenso proceso de transferencias en este ámbito que obliga a una detallada delimitación de los ámbitos competenciales de las Administraciones implicadas en la dotación de medios personales y materiales al servicio del Poder Judicial. Finalmente, la confluencia en la Oficina Judicial de varios ámbitos de decisión que recaen sobre una única realidad ha demostrado ser fuente de conflictos sin que las normas que ahora se sustituyen establecieran mecanismos oportunos de colaboración, coordinación y de garantía que aseguraran la autonomía funcional y orgánica de unos y otros.

El nuevo modelo de Oficina Judicial arranca con el propósito claro de que su funcionamiento garantice la independencia del poder al que sirve, conjugando al tiempo y sin merma alguna de lo ante-

rior, una adecuada racionalización de los medios que utiliza. A fin de armonizar estos objetivos, en el plano exclusivamente organizativo, se define la Oficina Judicial como la organización de carácter instrumental, que de forma exclusiva presta soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional. Por su singularidad se recoge expresamente la necesaria reserva de función de suerte que solo los funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia podrán desempeñar los puestos de trabajo de los que está dotada.

En su diseño se ha optado por un sistema flexible que permita que cada Oficina judicial se adapte a cualquier tipo de necesidades de la Administración de Justicia, siendo el criterio diferenciador que permite singularizarla de otras organizaciones administrativas el que su actividad se encuentra regida principalmente por normas procesales, debiendo dar cumplimiento a cuantas resoluciones dicten jueces y magistrados en el ejercicio de las funciones que le son propias. Con estas características, la Oficina judicial –como género– comprende –como especies– tanto a las unidades procesales de apoyo directo como a los servicios comunes procesales. Las primeras asumirán la tramitación procesal y llevanza de todos aquellos asuntos cuyo conocimiento tengan legalmente atribuidos jueces y tribunales, asistiéndolos mediante la realización de las actuaciones precisas para el eficaz cumplimiento de la función jurisdiccional. Los servicios comunes procesales son objeto de especial regulación, llenando el vacío legal existente hasta el momento, fomentando su desarrollo y especialización, y estableciendo un sistema que garantice un mejor gobierno especialmente en aquellos casos en los que, por su complejidad o tamaño, resulta imprescindible la existencia de mandos intermedios.

Se pretende pues, ante todo, racionalizar y actualizar medios personales y materiales para una mejor y más rápida Administración de la Justicia.

La figura del Secretario Judicial, también regulada en el libro V, se convierte en una de las claves de la actual reforma. No sólo se definen con mayor precisión sus funciones, sino que se le atribuyen otras, potenciando así sus capacidades profesionales. Asume, además, responsabilidades en materia de coordinación con las Administraciones públicas con competencias en materia de Justicia.

En lo que se refiere a la fe pública, el Secretario Judicial, en el seno de la Administración de Justicia, ejerce con exclusividad esta función, que se redefine a fin de circunscribirla a lo verdaderamente trascendente, compatibilizándola con la utilización de las nuevas tecnologías.

Como técnicos superiores de la Administración de Justicia, serán los Secretarios Judiciales quienes dirigirán en el aspecto técnico-procesal al personal integrante de la Oficina Judicial, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estime pertinentes.

Por último, debe destacarse la nueva configuración orgánica del Cuerpo de Secretarios con el fin de garantizar una mayor eficacia en su prestación de servicios. Con esta finalidad, se dota de una nueva definición al Secretario de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y se crea la figura del Secretario Coordinador Provincial, ambos con importantes competencias en relación con los Secretarios Judiciales de ellos dependientes.

El Libro VI regula básicamente el estatuto jurídico de los Cuerpos de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. El Pacto de Estado para la Justicia de 28 de mayo de 2001 implica llevar a término una reforma legislativa que, no sólo diseñe un nuevo modelo de Oficina Judicial en los términos que dicho acuerdo reflejaba, sino también que desarrolle un actualizado estatuto del personal al servicio de la Administración de Justicia, adecuado a esa nueva estructura, capaz de responder a las particulares exigencias que implica el desempeño de su labor al servicio de un poder del Estado.

Este nuevo estatuto ha pretendido delimitar de manera minuciosa las funciones del personal al servicio de la Administración de Justicia, ofreciendo nuevas soluciones a diferentes desajustes de los que adolece el sistema actual, en el que, en no pocas ocasiones, unos hacen las labores de otros.

En la actualidad, el personal al servicio de la Administración de Justicia padece situaciones anacrónicas. En pocas ocasiones tiene reconocimiento efectivo el esfuerzo personal, además de encontrarse en vigor fórmulas rígidas que dificultan gravemente la adopción de

soluciones ágiles ante situaciones determinadas; defectos que han sido tenidos en cuenta a fin de buscar soluciones que introduzcan mayor racionalidad en el sistema.

En este sentido, el Libro VI da nueva definición a los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, con la asignación a todos ellos de nuevas funciones más acordes con la nueva realidad de la Oficina Judicial que se diseña, según lo que había previsto el propio Pacto de Estado.

Finalmente, la introducción de las relaciones de puestos de trabajo en la Administración de Justicia, se configura como un instrumento de la ordenación de la actividad laboral, dando en la confección de las mismas un papel predominante a la Administración competente en materia de gestión de personal.

Tercera Parte:

Conclusiones

de los talleres

DESCONGESTIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Puesta en marcha de los juzgados administrativos

Jesús Amparo Oviedo Pinto

Magistrada Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Myriam Guerrero de Escobar

Magistrada Tribunal Administrativo de Cundinamarca



Doctor Jesús María Lemos Bustamante, Director del Encuentro; doctora Eliana Orozco, Presidente del Tribunal Administrativo del Cesar; doctor Edgardo Maya Villazón, Procurador General de la Nación; doctor Francisco Escobar Enríquez, Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; doctor Carlos Lesmes, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de España; doctor Carlos Luis Carrillo Artiles, Profesor de la Universidad Central de Venezuela; doctor Rodrigo Escobar Gil, Vicepresidente de la Corte Constitucional; señores Consejeros de Estado, señores Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, señores Magistrados de la Corte Constitucional, señores Magistrados de los Tribunales Administrativos, señores Jueces Administrativos:

La doctora Amparo Oviedo Pinto, Magistrada de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y quien se dirige a ustedes, Magistrada de la Sección Tercera del mismo

Jesús Amparo Oviedo Pinto

Myriam Guerrero de Escobar

Tribunal, agradecemos al señor Consejero de Estado, doctor Jesús María Lemos Bustamante, Director de este Encuentro, y a la señora Consejera de Estado, doctora Ana Margarita Olaya Forero, a quien correspondía intervenir en este panel, pero por razones ajenas a su voluntad no pudo asistir, la distinción que nos han hecho al designarnos para plantear algunas reflexiones sobre el tema de la descongestión de nuestra jurisdicción, a raíz de la entrada en operación de los Juzgados Administrativos.

En la primera parte de la exposición presentaremos a ustedes de manera gráfica una información estadística sobre la carga laboral radicada en cabeza de los Tribunales Administrativos y de los Juzgados Administrativos. Se señala que esta información no incluye los datos del Tribunal Administrativo del Meta, en razón a que estos no fue posible consolidarlos.

En la segunda parte someteremos a su consideración algunos planteamientos, muy puntuales, sobre algunas medidas encaminadas a prevenir una nueva congestión en Tribunales y Juzgados Administrativos.

I. Según la primera gráfica, las barras amarillas indican, a 31 de julio de 2006, el total de procesos activos en los Tribunales, para un total de 166.691 procesos ordinarios, 7.626 acciones constitucionales y 7.361 procesos especiales. Las barras verdes indican que a 1º de agosto de este año fueron remitidos a los Juzgados Administrativos un total de 107.835 procesos ordinarios, 5.688 acciones constitucionales y 4.420 procesos especiales. Las barras naranjas señalan que en los Tribunales Administrativos quedaron a 31 de julio de este año 58.468 procesos ordinarios, 1.917 acciones constitucionales y 2.952 procesos especiales.

La segunda gráfica señala tribunal por tribunal, en las barras amarillas, el número total de procesos ordinarios, constitucionales y especiales que se encontraban a cargo de estos a 31 de julio de 2006; en las barras verdes, el total de procesos ordinarios, constitucionales y especiales remitidos a los Juzgados Administrativos del respectivo circuito y en las barras rojas, el total de procesos ordinarios, constitucionales y especiales que quedaron activos en cada uno de los Tribunales, así:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Barra Amarilla Ordinarios: 18.187

Barra Amarilla Constitucionales: 137

Barra Amarilla Especiales: 497

Barra Verde Ordinarios: 13.054

Barra Verde Constitucionales: 121

Barra Verde Especiales: 360

Barra Roja Ordinarios: 5.133

Barra Roja Constitucionales: 16

Barra Roja Especiales: 137

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Barra Amarilla Ordinarios: 644

Barra Amarilla Constitucionales: 19

Barra Amarilla Especiales: 39

Barra Verde Ordinarios: 551

Barra Verde Constitucionales: 15

Barra Verde Especiales: 29

Barra Roja Ordinarios: 93

Barra Roja Constitucionales: 4

Barra Roja Especiales: 11

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ATLÁNTICO

Barra Amarilla Ordinarios: 9.537

Barra Amarilla Constitucionales: 454

Barra Amarilla Especiales: 237

Barra Verde Ordinarios: 5.904

Barra Verde Constitucionales: 293

Barra Verde Especiales: 107

Barra Roja Ordinarios: 3.633

Barra Roja Constitucionales: 161

Barra Roja Especiales: 130

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Barra Amarilla Ordinarios: 7.899

Barra Amarilla Constitucionales: 354

Barra Amarilla Especiales: 694

Barra Verde Ordinarios: 6.022

Barra Verde Constitucionales: 347

Barra Verde Especiales: 659

Barra Roja Ordinarios: 1.877

Barra Roja Constitucionales: 7

Barra Roja Especiales: 35

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Barra Amarilla Ordinarios: 12.497

Barra Amarilla Constitucionales: 703

Barra Amarilla Especiales: 810

Barra Verde Ordinarios: 7.827

Barra Verde Constitucionales: 491

Barra Verde Especiales: 360

Barra Roja Ordinarios: 4.670

Barra Roja Constitucionales: 212

Barra Roja Especiales: 450

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Barra Amarilla Ordinarios: 3.956
Barra Amarilla Constitucionales: 38
Barra Amarilla Especiales: 39
Barra Verde Ordinarios: 2.506
Barra Verde Constitucionales: 33
Barra Verde Especiales: 29
Barra Roja Ordinarios: 1.450
Barra Roja Constitucionales: 5
Barra Roja Especiales: 10

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAQUETÁ

Barra Amarilla Ordinarios: 1.432
Barra Amarilla Constitucionales: 39
Barra Amarilla Especiales: 37
Barra Verde Ordinarios: 868
Barra Verde Constitucionales: 33
Barra Verde Especiales: 23
Barra Roja Ordinarios: 564
Barra Roja Constitucionales: 6
Barra Roja Especiales: 14

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE

Barra Amarilla Ordinarios: 1.155
Barra Amarilla Constitucionales: 49
Barra Amarilla Especiales: 71
Barra Verde Ordinarios: 573

Barra Verde Constitucionales: 25

Barra Verde Especiales: 36

Barra Roja Ordinarios: 582

Barra Roja Constitucionales: 24

Barra Roja Especiales: 35

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAUCA

Barra Amarilla Ordinarios: 4.707

Barra Amarilla Constitucionales: 58

Barra Amarilla Especiales: 128

Barra Verde Ordinarios: 2.810

Barra Verde Constitucionales: 46

Barra Verde Especiales: 63

Barra Roja Ordinarios: 1.903

Barra Roja Constitucionales: 12

Barra Roja Especiales: 65

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CESAR

Barra Amarilla Ordinarios: 3.054

Barra Amarilla Constitucionales: 252

Barra Amarilla Especiales: 573

Barra Verde Ordinarios: 2.104

Barra Verde Constitucionales: 238

Barra Verde Especiales: 593

Barra Roja Ordinarios: 950

Barra Roja Constitucionales: 14

Barra Roja Especiales: 0

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA

Barra Amarilla Ordinarios: 2.615
Barra Amarilla Constitucionales: 194
Barra Amarilla Especiales: 359
Barra Verde Ordinarios: 1.961
Barra Verde Constitucionales: 184
Barra Verde Especiales: 309
Barra Roja Ordinarios: 654
Barra Roja Constitucionales: 10
Barra Roja Especiales: 50

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Barra Amarilla Ordinarios: 36.753
Barra Amarilla Constitucionales: 1.227
Barra Verde Ordinarios: 21.299
Barra Verde Constitucionales: 944
Barra Roja Ordinarios: 15.454
Barra Roja Constitucionales: 283

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CHOCÓ

Barra Amarilla Ordinarios: 1.772
Barra Amarilla Constitucionales: 77
Barra Amarilla Especiales: 288
Barra Verde Ordinarios: 1.545
Barra Verde Constitucionales: 73
Barra Verde Especiales: 251
Barra Roja Ordinarios: 258

Barra Roja Constitucionales: 4

Barra Roja Especiales: 37

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA

Barra Amarilla Ordinarios: 1.770

Barra Amarilla Constitucionales: 63

Barra Amarilla Especiales: 254

Barra Verde Ordinarios: 1.272

Barra Verde Constitucionales: 56

Barra Verde Especiales: 69

Barra Roja Ordinarios: 498

Barra Roja Constitucionales: 7

Barra Roja Especiales: 185

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE HUILA

Barra Amarilla Ordinarios: 3.799

Barra Amarilla Constitucionales: 284

Barra Amarilla Especiales: 280

Barra Verde Ordinarios: 2.455

Barra Verde Constitucionales: 225

Barra Verde Especiales: 224

Barra Roja Ordinarios: 1.344

Barra Roja Constitucionales: 59

Barra Roja Especiales: 56

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

Barra Amarilla Ordinarios: 3.948

Barra Amarilla Constitucionales: 189

- Barra Amarilla Especiales: 292
- Barra Verde Ordinarios: 3.103
- Barra Verde Constitucionales: 39
- Barra Verde Especiales: 270
- Barra Roja Ordinarios: 845
- Barra Roja Constitucionales: 150
- Barra Roja Especiales: 22

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE MAGDALENA

- Barra Amarilla Ordinarios: 4.850
- Barra Amarilla Constitucionales: 470
- Barra Amarilla Especiales: 419
- Barra Verde Ordinarios: 3.232
- Barra Verde Constitucionales: 427
- Barra Verde Especiales: 182
- Barra Roja Ordinarios: 1.618
- Barra Roja Constitucionales: 43
- Barra Roja Especiales: 237

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

- Barra Amarilla Ordinarios: 4.758
- Barra Amarilla Constitucionales: 229
- Barra Amarilla Especiales: 174
- Barra Verde Ordinarios: 3.275
- Barra Verde Constitucionales: 181
- Barra Verde Especiales: 62

Barra Roja Ordinarios: 1.483

Barra Roja Constitucionales: 48

Barra Roja Especiales: 112

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE QUINDÍO

Barra Amarilla Ordinarios: 3.572

Barra Amarilla Constitucionales: 60

Barra Amarilla Especiales: 50

Barra Verde Ordinarios: 2.091

Barra Verde Constitucionales: 41

Barra Verde Especiales: 27

Barra Roja Ordinarios: 1.056

Barra Roja Constitucionales: 8

Barra Roja Especiales: 13

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RISARALDA

Barra Amarilla Ordinarios: 1.616

Barra Amarilla Constitucionales: 42

Barra Amarilla Especiales: 37

Barra Verde Ordinarios: 1.294

Barra Verde Constitucionales: 39

Barra Verde Especiales: 23

Barra Roja Ordinarios: 322

Barra Roja Constitucionales: 3

Barra Roja Especiales: 14

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS

Barra Amarilla Ordinarios: 146

Barra Amarilla Constitucionales: 16

Barra Amarilla Especiales: 14

Barra Verde Ordinarios: 57

Barra Verde Constitucionales: 3

Barra Verde Especiales: 13

Barra Roja Ordinarios: 89

Barra Roja Constitucionales: 13

Barra Roja Especiales: 1

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Barra Amarilla Ordinarios: 13.064

Barra Amarilla Constitucionales: 1.615

Barra Amarilla Especiales: 1.299

Barra Verde Ordinarios: 7.630

Barra Verde Constitucionales: 1.089

Barra Verde Especiales: 323

Barra Roja Ordinarios: 5.434

Barra Roja Constitucionales: 526

Barra Roja Especiales: 976

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Barra Amarilla Ordinarios: 6.599

Barra Amarilla Constitucionales: 279

Barra Amarilla Especiales: 416

Barra Verde Ordinarios: 4.524

Barra Verde Constitucionales: 224

Barra Verde Especiales: 299

Barra Roja Ordinarios: 2.075

Barra Roja Constitucionales: 55

Barra Roja Especiales: 117

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TOLIMA

Barra Amarilla Ordinarios: 5.838

Barra Amarilla Constitucionales: 563

Barra Amarilla Especiales: 354

Barra Verde Ordinarios: 3.068

Barra Verde Constitucionales: 409

Barra Verde Especiales: 109

Barra Roja Ordinarios: 2.770

Barra Roja Constitucionales: 154

Barra Roja Especiales: 245

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE VALLE DEL CAUCA

Barra Amarilla Ordinarios: 12.523

Barra Amarilla Constitucionales: 215

Barra Verde Ordinarios: 8.810

Barra Verde Constitucionales: 112

Barra Roja Ordinarios: 3.713

Barra Roja Constitucionales: 103

En la tercera gráfica se señala que del total de procesos, sumados ordinarios, constitucionales y especiales en número de 181.678 que se encontraban en los Tribunales Administrativos a 31 de julio de 2006, fueron remitidos a los Juzgados Administrativos un total de 117.943 procesos, es decir que la remisión fue del 64.9% del total de procesos, quedando en los Tribunales un número total de 63.337 procesos, es decir el 35.1% del total de estos.

La cuarta gráfica señala que a un total de 257 Jueces, que equivalen al 64.8% del total de funcionarios, Magistrados y Jueces, correspondió una carga laboral del 64.9% del total de los procesos, y que a 139 Magistrados que equivale al 35.10% del total de funcionarios, correspondió el 35.1% del total de expedientes; finalmente señala la gráfica que en promedio en cabeza de cada Magistrado de Tribunal quedaron activos a 31 de julio de 2006, 458.66 expedientes y en cabeza de cada Juez quedaron activos a 1^o de agosto de 2006, 458.92 expedientes.

II. Los anteriores datos estadísticos que fueron tomados de la información remitida por cada uno de los Tribunales Administrativos, muestra que la implementación de los Juzgados Administrativos conlleva una evidente descongestión de los Tribunales Administrativos y que los Juzgados Administrativos no inician sus labores en modo alguno congestionados. Se señala, sin embargo, que para el caso de algunos Juzgados Administrativos, se requieren algunas medidas especiales, a efectos de equilibrar su carga laboral. Es necesario precisar, en este aspecto, que una buena parte de la labor y dedicación de los funcionarios y empleados de los Despachos y de la totalidad de los empleados de las Secretarías se centra en la atención de los asuntos que atañen al impulso de los procesos. Lo anterior implica que en relación con los Tribunales, la descongestión es significativa en lo que concierne a las labores de impulso o sustanciación de los procesos, y ello sin olvidar que en su función de segunda instancia deberán asumir el conocimiento de las providencias interlocutorias que por vía de los recursos de apelación y de queja les sean remitidas por los Juzgados de los respectivos circuitos judiciales. Debe anotarse, sin embargo, y ello con miras a una eficiente y eficaz organización de los Despachos y planeación y programación de las labores, que la descongestión proveniente de la implementación de los Juzgados, no es igualmente significativa en lo que atañe a la función de resolución de los conflictos, en la medida en que los Tribunales asumen competencia funcional como jueces de primera y de segunda instancia, y, por tanto, dado que los Jueces Administrativos no tienen a su cargo asuntos de única instancia, salvo el recurso de insistencia regulado por la Ley 57 de 1985, deberán fallar no solamente los procesos de que conocen en primera instancia, sino también de los que le sean remitidos por los

Juzgados para su conocimiento en segunda instancia, lo que significa que el número de procesos potencialmente a cargo de los Tribunales para fallo continúa siendo el mismo.

Debe señalarse, igualmente, que la puesta en operación de los Juzgados Administrativos no conlleva descongestión del Consejo de Estado, en la medida en que el aumento de la cuantía, prevista en la Ley 446 de 1998, para determinar competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia ya había sido implementada, aunque con carácter transitorio y hasta la entrada en operación de los Juzgados Administrativos, por la Ley 954 de 2005.

MEDIDAS FUTURAS

Es necesario destacar que los Juzgados y los Tribunales Administrativos deben diseñar y poner en ejecución las medidas necesarias para mantener la actual carga laboral, de manera que se logre la evacuación de los procesos que se encuentran ya en curso, en la misma proporción en que ingresan nuevos procesos. De lo contrario, y dado el número considerable de nuevas demandas que se instauran ante nuestra jurisdicción, a corto plazo, volveríamos a estar enfrentados al problema de la congestión en los Juzgados y Tribunales Administrativos.

GERENCIA DE LOS DESPACHOS

Las medidas a que se hace relación se enmarcan dentro de lo que se puede denominar Gerencia del Despacho y se enfoca o dirige al logro de la eficacia en el desempeño laboral que arroja como resultado la oportuna y eficiente prestación del servicio de administración de justicia, en el que nos hallamos comprometidos todos quienes ostentamos el carácter de jueces y, para nuestro caso en particular, de Jueces de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Dicha Gerencia conlleva a que el Juez asuma la función que le corresponde como Director del Despacho y Director del Proceso.

- Dirección del Despacho

La Dirección del Despacho implica la organización de los asuntos a su cargo y el manejo del recurso humano.

1. Organización de los asuntos a cargo

1.1. *Clasificación de los expedientes por el estado en que se encuentran y clasificación temática*

La clasificación de los asuntos a cargo del Despacho permite una mayor agilidad en la atención y evacuación de los mismos.

Dicha clasificación se iniciaría con la determinación del estado en que se halla el proceso, para diferenciar y separar los asuntos que se encuentran en trámite o en sustanciación de los que se encuentran en estado de fallo.

Efectuada tal diferenciación y separación, se haría la clasificación temática de los mismos.

En relación a los procesos que se encuentran en trámite, tal clasificación se ubica, de una parte, por la etapa procesal en que se encuentren y, de otra parte, por la decisión o decisiones que corresponda emitir.

En cuanto a los procesos que se encuentran en estado de fallo, tal clasificación se ubica, de una parte, por la clase de acción y, de otra parte, por las pretensiones que en concreto se formulan, los hechos y el marco jurídico que sirven de fundamento a las primeras.

La clasificación temática permite mayor eficiencia en la atención de los asuntos y en el manejo del recurso humano. En cuanto al primer aspecto, teniendo en cuenta que en la gran mayoría de los casos se han trazado líneas jurisprudenciales, la decisión que corresponda tomar, según el tema, se ubica dentro de tales líneas y permite una evacuación concentrada y ágil de los asuntos a resolver en el proceso.

En cuanto a la concentración de los asuntos para su decisión cabe señalar que, si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en desarrollo de lo preceptuado por el numeral 15 del artículo 153 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, establece la obligatoriedad para los jueces de proferir las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan ingresado los expedientes al Despacho para tal fin, hace excepciones por razones de prelación legal y, para el caso específico de nuestra jurisdicción, en atención a la naturaleza de los asuntos, a su importancia jurídica o a su trascendencia social.

2. Manejo del Recurso Humano

Partiendo del conocimiento preciso y específico de los asuntos a cargo del Despacho, que resulta de la organización del mismo, es posible el manejo más eficiente del recurso humano de que se dispone. Ello implica la distribución racional de las tareas desde el punto de vista de su complejidad, cantidad y temática sobre las que ellas versen. Se destaca este último aspecto, ya que la asignación temática de tareas conlleva a una especialización en el manejo de los asuntos a cargo del Despacho y conlleva a un mayor acierto, precisión y agilidad en la toma de las decisiones.

Conviene señalar que la vinculación a los Despachos de personas que cumplen el requisito de la práctica jurídica o de la judicatura es de gran utilidad, en la medida que prestan una significativa ayuda o colaboración en las tareas de sustanciación de los procesos y de práctica de pruebas, desde luego, para que su labor sea eficiente, se requiere una clara y precisa inducción previa.

- Dirección del proceso

En aras de evitar incurrir en errores, con las dilaciones que ello conlleva, es preciso, en el momento en que este inicia su trámite, la verificación de varios aspectos.

- Definición de jurisdicción y competencia.

En lo que atañe a este aspecto, tal verificación tiende a evitar el surgimiento de conflictos de jurisdicción o de competencia, cuya definición corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y al Consejo de Estado, respectivamente, y a los Tribunales Administrativos cuando el conflicto surge entre Juzgados del circuito judicial del respectivo Tribunal, y ello, como es apenas lógico, implica dilación en la tramitación y resolución de los conflictos.

En relación con la jurisdicción, tanto el Consejo de Estado, como la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, han sentado jurisprudencia, a la que es necesario acudir a efecto de deslindar, en los casos que ofrecen motivo de duda, los asuntos cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa de aquellos atribuidos a la jurisdicción ordinaria.

En relación con la competencia, el Consejo de Estado ha trazado una línea jurisprudencial uniforme y reiterada, siendo necesario, en esta oportunidad, hacer referencia a un factor de competencia, que merece una especial reflexión, dadas las dudas y discusiones que se han suscitado en torno al mismo, con ocasión de la remisión de los procesos por parte de los Tribunales a los Juzgados Administrativos y la consecuencia de la radicación equivocada del proceso en conocimiento del Tribunal o del Juzgado en primera instancia, pues tal equivocación conlleva nulidad insanable del proceso, tal como lo preceptúan los artículos 140 y 144 del C. de P. C. Tal factor es el funcional, en lo que concierne a su determinación por la cuantía del proceso.

En lo que respecta a este factor de competencia, cabe destacar las providencias de 15 de marzo de 2006, Radicación No. 2000-00854, Actor: Juan José Martínez Blanco, Consejera Ponente: doctora María Elena Giraldo Gómez; de 7 de febrero de 2006, Radicación No. 2004-00651, Actor: Municipio de Palmira y otros, Consejera Ponente: doctora María Elena Giraldo Gómez; de 6 de septiembre de 2001, Radicación No. 1996-3160, Actores Belén González y otros, Consejero Ponente: doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 19 de julio de 2000, Radicación No. 11.842, Actores: José Manuel Gutiérrez Sepúlveda y otros, Consejero Ponente: Doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez y de 19 de julio de 2001, Radicación No. 1995-6703, Actor: Jorge Alfredo Caicedo Cortés, Consejero Ponente: doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, en las que respectivamente se hace un pormenorizado análisis del artículo 134E del C.C.A., adicionado por el artículo 43 de la Ley 446 de 1998, en armonía con los numerales 1º y 2º del artículo 20 del C. de P.C. y de los criterios que orientan la definición de la cuantía de las pretensiones por perjuicios morales y por daño a la vida de relación.

En síntesis, en cuanto al primer aspecto se recaba en que la cuantía para efectos de la competencia se determina por el valor de los perjuicios causados, estimados por el actor, en la demanda, en forma razonada, teniendo en cuenta la única pretensión formulada o el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, sin computar los intereses no vencidos, ni los frutos o multas no causados, ni los perjuicios posteriores a la

demandas, aunque más tarde puedan llegar a ser objeto de la litis, por cuanto estos carecen aún de actualidad, y en cuanto al segundo aspecto se destaca que el parámetro dentro del cual opera el arbitrio judicial para la cuantificación del daño moral y del daño a la vida de relación es el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda, anteriormente el equivalente a 1000 gramos oro, parámetro que puede ser rebasado cuando quiera que las circunstancias especialísimas que rodean el hecho o hechos generadores de tales daños, o la entidad del daño mismo, razonablemente, así lo ameriten. Dicho razonamiento, como la expresión misma lo indica, no se limita a señalar el porqué del daño que se ha causado, se requiere la expresión de razones objetivamente apreciables y valorables por el Juez que le permitan a este, dentro de su arbitrio, cuantificar tales tipos de daño, máxime cuando el quántum de la pretensión rebasa el parámetro cuantitativo general a que se ha hecho mención.

La falta de rigor en el análisis de la determinación de la cuantía deja en manos o al arbitrio del actor la determinación de la competencia y puede generar, como ya se señaló, una eventual nulidad procesal.

Un último aspecto que hace relación a la competencia funcional por el factor cuantía y que cabe destacar, concierne a los procesos ejecutivos no derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, de los procesos ejecutivos derivados de títulos ejecutivos en cuya conformación intervienen actos jurídicos originados en la relación contractual estatal. A este respecto, debe señalarse que el Código Contencioso Administrativo, con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, no consagra la atribución expresa de su conocimiento a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y que ella deviene del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, cuya interpretación fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia de 29 de noviembre de 1994, siendo Consejero Ponente el doctor Guillermo Chaín Lizcano. El numeral 7 de los artículos 132, y 134B del C.C.A., modificado el primero y adicionado el segundo por los artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998, regulan la competencia funcional, por razón de la cuantía y en materia de procesos ejecutivos derivados de sentencias condenatorias, radicándola en primera instancia en

los Tribunales, cuando ella exceda de 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda y en los Juzgados cuando ella no exceda de dicha cuantía. A su turno el artículo 87 del C.C.A. relativo a la acción atinente a controversias contractuales, preceptúa en su último inciso que en los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil. Ninguna de las normas en mención establece ni el procedimiento ni la cuantía con referencia a los procesos ejecutivos no derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ante el vacío normativo, consideramos que teniendo la acción y el proceso ejecutivo entidad propia, con independencia de la manera como se conforme el título ejecutivo o de la naturaleza del acto o actos jurídicos que lo integren, las normas aplicables propias en materia contencioso-administrativa a este evento son, en cuanto al procedimiento el artículo 87 del C.C.A y respecto de la cuantía las de los artículos 132 y 134B, numeral 7 del C.C.A., antes mencionadas.

El artículo 87 ibídem, en el aparte que interesa a la competencia que se analiza se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse en los procesos ejecutivos derivados de sentencias condenatorias, pero no consideramos que de allí pueda concluirse que los procesos ejecutivos originados en títulos distintos a la sentencia condenatoria proferida por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que atañen a lo que el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 expresa como procesos de ejecución de los contratos estatales, se rijan en materia de cuantía por las normas que la regulan respecto de la acción contractual. Se insiste en que la acción contractual tiene una naturaleza distinta a la acción ejecutiva y para ello baste señalar que la primera es una acción de conocimiento y la segunda una acción de simple ejecución, y que como corresponde se sujetan una y otra a un procedimiento distinto, la primera al procedimiento ordinario y la segunda a un procedimiento especial y que del hecho de que se señale en la norma que consagra la acción atinente a controversias contractuales las reglas aplicables a la acción ejecutiva derivada de sentencias condenatorias en materia de procedimiento, no conlleva a que las reglas aplicables en materia de cuantía sean las propias

de la acción contractual. Por el contrario, el artículo 87 del C.C.A. es aplicable ante el vacío normativo a los procesos ejecutivos o de ejecución de contratos estatales, es decir, esta norma debe aplicarse en su integridad a todos los procesos ejecutivos cualquiera sea su origen, como son aplicables en su integridad las normas que determinan la competencia por el factor cuantía a todos los procesos ejecutivos cualquiera sea su origen, pues consideramos que una interpretación distinta conllevaría a la ruptura de la necesaria unidad normativa.

- Verificación de la procedencia de la acción instaurada, de los requisitos de la demanda y de la debida integración del contradictorio.

Determinada la competencia, el análisis de la procedencia de la demanda según la acción instaurada y los supuestos de hecho que la soportan, de los requisitos de la demanda, teniendo en cuenta las clases de acción y de la vinculación al proceso de quienes deben comparecer al mismo, requiere un razonable rigor jurídico que permita el adelantamiento del proceso con la seguridad necesaria para evitar fallos inhibitorios, trabas y nulidades procesales que inciden en la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio.

- Decreto de pruebas.

El examen de la pertinencia, la conduencia y la eficacia de la prueba, a efecto del decreto de las mismas, reviste una particular importancia en relación con la agilidad en la tramitación del proceso, pues es de todos conocido que la etapa probatoria, especialmente cuando se ejercitan algunas clases de acción, significa el mayor tiempo en el adelantamiento de los mismos.

- Recurso Técnico

Debe señalarse que la jurisdicción cuenta con un importante recurso técnico, cual es el Sistema de Gestión que ya se encuentra implementado en la mayoría de los Despachos y que se implementará en los Juzgados Administrativos, que la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla ha impartido y continúa impartiendo la respectiva capacitación y que la adecuada y eficaz utilización de este recurso permite agilidad sobre todo en la atención al público y se constituye

en un apalancamiento de la descongestión para una mejor prestación del servicio.

-Autoevaluación permanente

La dirección del Despacho y del Proceso implica una autoevaluación permanente, que permita la planeación de las tareas y la adopción de las medidas correctivas necesarias requeridas por la marcha dinámica de los primeros.

Conclusión: La única respuesta válida y posible al proceso de descongestión que se ha puesto en marcha en relación con nuestra jurisdicción, es la concientización del compromiso que nos asiste a todos quienes ostentamos el honroso carácter de Jueces, de dedicar toda nuestra capacidad al servicio de una más eficiente y eficaz prestación del servicio de administración de justicia.

ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN POPULAR

Jorge Octavio Ramírez Ramírez
Magistrado Tribunal Administrativo de Antioquia



1º PREPARACIÓN DEL TALLER

En asocio del señor Consejero Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, elaboramos el siguiente cuestionario:

1. ¿Cabe la acción popular contra cualquier actuación de cualquier autoridad pública?
 - Tratados
 - Leyes
 - Decisiones Judiciales
 - Conciliación
 - Contratos ¿Se puede declarar su nulidad?
 - Actos
2. ¿La acción popular es de naturaleza principal?
3. ¿Debe exigirse una legitimación especial para la interposición de las acciones populares?
 - ¿El Ministerio Público es parte?
 - Inasistencia al pacto
4. ¿Cuál es el papel del Juez en las acciones populares?

- Actividad oficiosa
 - Admisión (prueba de la vulneración)
 - Medida cautelar
 - Gastos de publicación
 - Gastos de la pericia
 - Carga de la prueba
 - Amparo de pobreza
 - Reclamación previa y agotamiento de la vía gubernativa
 - Anulación de los actos
5. ¿Prevalece el factor subjetivo en la determinación de la competencia de la jurisdicción?
 - Foro de atracción
 6. ¿Opera en las acciones populares la acumulación oficiosa de las pretensiones?
 - Agotamiento de la jurisdicción
 7. ¿Hay lugar al reconocimiento del incentivo de todos los casos?
 - Pacto de cumplimiento
 - Sentencia
 - Actividad del demandante
 - Condenas en costas. Criterio objetivo o subjetivo
 8. ¿Debe establecerse un mecanismo que permita la unidad jurisprudencial?
 9. ¿Debe mantenerse el incentivo económico en las acciones populares?

2º. DESARROLLO DEL TALLER

De conformidad con el citado cuestionario, se logró deliberar respecto de algunos interrogantes, así:

2.1. ¿Cabe la acción popular contra cualquier actor de cualquier autoridad pública?

En principio se concluyó que la acción popular procede contra actos administrativos, no contra tratados, leyes o decisiones jurisdiccionales, a pesar de que algunos consideraron que esa restricción podría ser considerada como inconstitucional al limitar el ámbito de la acción popular.

Respecto de la posibilidad de anular los actos administrativos –unilaterales o contratos– se presentaron tesis que defendían tal opción, visto que por razones de descongestión y de economía procesal no tiene sentido que el Juez Popular, que es a su vez el Juez Administrativo, por lo mismo competente para la anulación de las decisiones administrativas, no pueda ejercer plenamente todas sus atribuciones.

No obstante algunos replicaron que en esas condiciones de la acción popular –cuyo objeto es la protección de los derechos colectivos– sustituiría los mecanismos o acciones ordinarias contenciosos-administrativas dirigidas estas a controlar la legalidad de los actos.

En relación con los contratos se consideró que por regla general su control debe hacerse por vía de la acción contractual, pero excepcionalmente pueden anularse cuando se trata de una causal de nulidad absoluta y al proceso se hayan vinculado todas las partes interesadas.

Además, como pauta para definir qué órganos o personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de la acción popular, se recomendó tener en cuenta el artículo 38 de la Ley 489, que define las entidades que conforman la rama ejecutiva del poder público.

2.2. ¿Debe exigirse una legitimación especial para incoar una acción popular?

Habida cuenta que en la situación actual cualquier persona puede presentar una acción popular se discutió si era conveniente regular la legitimación por activa, precisando que ella debía presentarse por órganos o autoridades públicas como la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación o exigiendo al actor, como condición previa para su interposición, que demostrara su

pertenencia a la comunidad afectada con la actuación de la autoridad vulneradora de los derechos colectivos.

En tal punto la posición mayoritaria consideró que era el caso modificar tal aspecto, entre otras razones porque ello limitaría el derecho de acceso a la Administración de Justicia, lo que podría conducir a su inconstitucionalidad.

2.3. ¿Es necesario un mecanismo procesal que garantice la unidad jurisprudencial?

Toda vez que competencia para conocer de las acciones populares está distribuida entre los Jueces y los Tribunales, circunstancia que como se decía en otro encuentro anterior puede conducir a la “federalización” de la Jurisprudencia, se plantearon algunas posibles soluciones, así:

Redistribución de Competencias: primera instancia en los Tribunales y segunda en el Consejo de Estado, de manera general. Se consideró peligroso definir la competencia entre el Consejo de Estado, los Tribunales y los Jueces, atendiendo el factor orgánico –adscripción al orden nacional o local–, porque en esas condiciones la finalidad de unificación se desdibujaría.

Consagración de un Recurso Especial de Revisión. En este punto de idea mayoritaria es que debe establecerse un mecanismo de revisión EVENTUAL, semejante al que existe para el caso de la acción de tutela, pero fijando unas pautas que eliminan la arbitrariedad en la escogencia de las sentencias revisables, como podría ser la importancia jurídica o trascendental social, previa calificación de la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo.

En ese orden de ideas, no sería necesario modificar las reglas de competencias existentes.

2.4. ¿Siempre debe reconocerse el incentivo al actor popular?

Dado que en materia del incentivo que consagra la ley a favor del actor popular existen diferencias de criterio en torno a su obligatoriedad, monto, etc. y, en muchas ocasiones, abuso en el ejercicio de la acción, se consideró que el incentivo debe regularse de una manera más razonable, permitiéndole el Juez, atendidas las circunstancias del caso, la diligencia del actor y su pertenencia a la comu-

nidad afectada, determinar si hay lugar o no a su reconocimiento y a su vez a fijar su monto o cuantía.

En síntesis, se consideró que el incentivo debe ser facultativo o potestativo del Juez y no obligatorio.

No se consideró viable su eliminación pues se tuvo en cuenta que en muchos casos ha permitido el control de las autoridades por vía de la acción popular.

Con ocasión de este tema se discutió también la necesidad de establecer un mecanismo que facilite el control de las acciones populares en serie y, dentro de ellos, se habló de la posibilidad de acumular este tipo de pretensiones y de consagrar una especie de renuencia semejante a la existente para la acción de cumplimiento.

Como podrá ver usted el Taller originó una serie de discusiones y tesis que muestran lo fructífero que puede ser este tipo de actividades académicas, en buena hora organizadas por usted como Director del Encuentro.

Quiero agradecer a su Señoría y al doctor Gabriel Mendoza M. el haberme encomendado esta tarea.

EL PRECEDENTE JUDICIAL

Carlos Arturo Jaramillo Ramírez
Magistrado Tribunal Administrativo de Risaralda

Luego de escuchar las intervenciones de los doctores Rodrigo Escobar Gil por parte de la honorable Corte Constitucional y del doctor Rafael E. Ostau Lafont Pianeta por parte del honorable Consejo de Estado, los participantes del taller plantearon los siguientes aspectos de carácter general que tienen que ver con el precedente judicial.

En primer lugar el suscrito magistrado coordinador del taller, hizo un resumen de las posiciones que sobre el precedente tiene el Consejo de Estado y la honorable Corte Constitucional.

Luego de escuchar las diferentes intervenciones de los asistentes en definitiva salieron las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. Diferenciar de manera clara el precedente horizontal del vertical para así definir en cada caso concreto cuál es obligatorio y cuál criterio auxiliar de acuerdo con la naturaleza del asunto. Prevaleciendo en primer lugar el criterio vertical que es aquel en el cual sí estarían obligados los jueces.
2. Dificultad del precedente al interior del Consejo de Estado:
 - a) De la Sala Plena;
 - b) De las Secciones frente a la Sala Plena;
 - c) De las Subsecciones respecto de las otras subsecciones y la Sala Plena.

Los talleristas recomiendan que es absolutamente necesario dar aplicación al artículo 97 numeral sexto del Código Contencioso Administrativo para que definitivamente la Sala Plena sea quien cambie o reforme la jurisprudencia.

3. El papel del Juez Ante el precedente tanto ante la Corte Constitucional como del Honorable Consejo de Estado son diversas y se requiere unificación entre las dos altas corporaciones puesto que es el juez el que se encuentra frente al caso concreto en un dilema al no saber cuál de los dos precedentes aplicar, máxime si estos son contradictorios.
4. Frente a la iniciativa legislativa que tiene el Consejo de Estado se propone la expedición de una ley que defina el papel del precedente frente al sistema de fuentes.
5. Como punto específico de controversia se propone llevar a la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado frente a las nuevas posiciones de las Subsecciones A y B de la Sección Segunda frente al tema del contrato realidad. Este tema se ha convertido en una dificultad para los Tribunales y frente al ciudadano hay una ostensible violación al derecho de igualdad.
6. Si el papel de juez en la actualidad es el de ser eminentemente conciliador, se propone que exista una especie de conciliación doctrinal entre la Honorable Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado.
7. Como la situación es eminentemente política entre las dos Corporaciones, se propone la realización de un Referéndum Constitucional o Legal que defina la situación.
8. Así mismo, se propone que se constitucionalice la tutela contra providencias judiciales que hoy no existe, pero solo de manera excepcional.
9. Tanto para la Corte Constitucional como para el resto de organismos de la jurisdicción es absolutamente indispensable rescatar el respeto por las competencias.
10. Parte del problema se presenta porque la Corte Constitucional no respeta su propio precedente.

11. Los jueces obedecen es a la Constitución conforme al artículo 230 de la misma. Pero la Corte Constitucional pretende que se obedezca es a ella.
12. La argumentación de los jueces frente al cambio de precedente no puede determinarse como una vía de hecho.
13. De conformidad con el artículo 230 de la Constitución, la jurisprudencia es criterio auxiliar pero si lo que se pretende es que esta sea fuente formal de derecho debe reformarse la Constitución.
14. Es absolutamente indispensable que por vía de tutela no se hagan pronunciamientos de tipo general.
15. Si el problema del precedente es un problema político, será a través de los mecanismos políticos que se debe solucionar la situación.
16. Como los jueces deben respetar la Constitución, su interpretación no puede ser obstáculo para la administración de justicia.

En el grupo quedaron varias preguntas abiertas que no obtuvieron respuesta a saber:

- a) Cuando la Corte Constitucional revoca los fallos de la Sección Quinta del Consejo de Estado sobre nulidades electorales o las sentencias de pérdida de investidura de la Sala Plena ¿cuál decisión se debe aplicar?
- b) ¿Cuál es el camino a seguir cuando un órgano supremo competente, en asunto atribuido exclusivamente a él, ha definido los límites del mismo y otro órgano los desconoce?
- c) ¿Será que el problema del precedente judicial amerita un rediseño del aparato judicial?
- d) ¿Qué será más garantista para el ciudadano, que tenga o no precedente?
- e) ¿Se ha definido realmente en Colombia qué es el precedente?
- f) ¿Qué papel deben jugar las relatorías tanto del Consejo de Estado como la Corte Constitucional cuando advierten cambios en el precedente?

Anexos

XII ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Magistrados Consejo de Estado

Miembros de la Sala de Gobierno

Doctores

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA	Presidente Consejo de Estado
JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE	Vicepresidente Consejo de Estado
GABRIEL EDUARDO MENDOZA	
MARTELO	Presidente Sección Primera
ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO	Presidente Sección Segunda
MAURICIO FAJARDO GÓMEZ	Presidente Sección Tercera
HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ	Presidente Sección Cuarta
REINALDO CHAVARRO BURITICÁ	Presidente Sección Quinta
ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO	Presidente Sala de Consulta y Servicio Civil
MERCEDES TOVAR DE HERRÁN	Secretaria General

Magistrados del Consejo de Estado

Sección Primera

CAMILO LUIS ARCINIEGAS ANDRADE
RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETTA
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

Sección Segunda

ALBERTO ARANGO MANTILLA
ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
ANA MARGARITA OLAYA FORERO
JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE
JAIME MORENO GARCÍA

Sección Tercera

ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ
MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
FREDDY HERNANDO IBARRA MARTÍNEZ
RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
RUTH STELLA CORREA PALACIO

Sección Cuarta

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ
JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
LIGIA LÓPEZ DÍAZ
MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

Sección Quinta

DARÍO QUIÑONES PINILLA
MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN
REINALDO CHAVARRO BURITICÁ
FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

Sala de Consulta y Servicio Civil

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE
GUSTAVO EDUARDO APONTE SANTOS
ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

Magistrados Auxiliares del Consejo de Estado

LUZ ELENA SALDARRIAGA BLANCO
MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO
NORA EMILIA CARBONELL ROJAS

ELIZABETH BECERRA CORNEJO
JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MARÍA EUGENIA CARREÑO GÓMEZ
ALFONSO MARÍA VARGAS RINCÓN
MARTHA ELENA ACOSTA ORJUELA
MERCEDES RODERO TRUJILLO
BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
LUIS MANUEL LASSO LOZANO
MARTHA YANETH GONZÁLEZ R.
ROBERTO SALGADO ZAMUDIO
MAITÉ DEL PILAR RESTREPO SABOGAL
LUIS RAMIRO ESCANDÓN HERNÁNDEZ
TATIANA SARMIENTO NICHOLLS
MARÍA ADRIANA MARÍN
ÁLVARO NAMEN VARGAS
FABIÁN GONZALO MARÍN CORTÉS
ROBERTO MOLINA PALACIOS
FERNANDO ALBERTO GARCÍA
SERGIO GONZÁLEZ REY
CLAUDIA PATRICIA MOLANO MONCADA
MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA
AÍDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA
GUILLERMO ALFONSO SÁNCHEZ LUQUE
OLGA LUCÍA SERRANO ORTIZ
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ
ADA LUZ VÁSQUEZ HOYOS
PATRICIA AFANADOR ARMENTA
MILTON FERNANDO CHAVES GARCÍA
EDNA PATRICIA DÍAZ MARÍN
ELIZABETH WHITTINGHAM GARCÍA
DANILO HERNÁNDEZ
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
MARTHA LEONOR PÉREZ TORRES
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
JORGE MURGUEITIO CABRERA
GLORIA DUQUE HERNÁNDEZ
ANA PATRICIA FRANCO LUQUE
SANDRA MARINA GONZÁLEZ VELASCO
RICARDO MONROY CHURCH

Secretarios

SECCIÓN PRIMERA: JAIRO ENRIQUE PINZÓN MOLANO
SECCIÓN SEGUNDA: EDELMIRA PAVA CORTÉS
SECCIÓN TERCERA: CARMEN CASTRO MORENO
SECCIÓN CUARTA: RAÚL GIRALDO LONDOÑO
SECCIÓN QUINTA: VIRGILIO ALMANZA OCAMPO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL: LIDA MANRIQUE ALONSO

Relatores:

ÓMAR ÉDGAR BORJA SOTO
ROXANA PAOLA ZULUAGA MONTAÑA
MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
JHON ALIRIO PINZÓN PINZÓN
JUAN PABLO HINESTROZA VÉLEZ

Tribunales Administrativos

XII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Magistrados Tribunales Contenciosos Administrativos

1. ANTIOQUIA

JUAN GUILLERMO ARBELÁEZ ARBELÁEZ **Presidente**
OMAR ENRIQUE CADAVÍD MORALES
BEATRIZ ELENA JARAMILLO MUÑOZ
EDDA DEL PILAR ESTRADA ÁLVAREZ
JAIRO JIMÉNEZ ARISTIZÁBAL
JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
MARÍA PATRICIA ARIZA VELASCO
MERCEDES JUDITH ZULUAGA LONDOÑO
RAFAEL DARÍO RESTREPO QUIJANO

2. ARAUCA

LUIS RAMÓN GIRALDO GUTIÉRREZ **Presidente**
WILSON ARCILA ARANGO

3. ATLÁNTICO

ÁNGEL HERNÁNDEZ CANO **Presidente**
HERNANDO DUARTE CHINCHILLA
CRISTÓBAL RAFAEL CHRISTIANSEN MARTELO
LUIS CARLOS MARTELO MALDONADO
LUIS EDUARDO CERRA JIMÉNEZ
JUDITH ROMERO IBARRA

4. BOLÍVAR

ELVIRA PACHECO ORTIZ **Presidenta**
OLGA SALVADOR DE VERGEL
JAVIER ORTIZ DEL VALLE
NOHRA LOURDES JIMÉNEZ MÉNDEZ

5. BOYACÁ

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN
LUISA MARIANA SANDOVAL MESA
FRANCISCO ANTONIO IREGUI IREGUI

Presidenta

6. CALDAS

AUGUSTO MORALES VALENCIA
JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
CARLOS ALBERTO ARANGO MEJÍA
FRANCIA NAUFFAL CORREA

Presidente

7. CAQUETÁ

JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
BAUDILIO MURCIA GUZMÁN
FERNANDO CUÉLLAR SÁNCHEZ

Presidente

8. CASANARE

CARMELO DARÍO PERDOMO CUÉTER
JORGE ENRIQUE GARCÍA PEDRAZA
NÉSTOR TRUJILLO GONZALES

Presidente

9. CAUCA

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
HILDA CALVACHE ROJAS
CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO
ISABEL CUÉLLAR BENAVIDES

Presidente

10. CESAR

LILIANA OROZCO DAZA
OLGA VALLE DE DE LA HOZ
CARLOS ALFONSO GUECHA MEDINA
OSCAR WILCHES DONADO

Presidenta

11. CÓRDOBA

DIVA MARÍA CABRALES SOLANO
LUIS EDUARDO MESA NIEVES
RÉGULO TORRALVO SUÁREZ
PABLO GARCÍA ÁVILA

Presidenta

12. CUNDINAMARCA

JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ
AÍDA VIDES PABA
ANTONIO JOSÉ ARCINIEGAS ARCINIEGAS
BEATRIZ MARTÍNEZ QUINTERO
CARLOS ALFONSO PINZÓN BARRETO
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO
FABIO ORLANDO CASTIBLANCO CALIXTO
HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
ILVAR NELSON ARÉVALO PERICO
LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERÓN
LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
MARGARITA HERNÁNDEZ DE ALBARRACÍN
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
NELLY YOLANDA VILLAMIZAR DE PEÑARANDA
WILLIAM GIRALDO GIRALDO
JESÚS AMPARO OVIEDO PINTO
SUSANA BUITRAGO VALENCIA
MARÍA MARCELA CADAVÍD BRINGE
LUZ MARY CÁRDENAS VELANDIA
GLORIA ELISA DÍAZ DE GÓMEZ
JOSÉ ANTONIO MOLINA TORRES
CERVELEÓN PADILLA LINARES
CÉSAR PALOMINO CORTÉS
RAMIRO PAZOS GUERRERO
CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA
ALFONSO SARMIENTO CASTRO
DANIEL PALACIOS RUBIO

Presidente

13. CHOCÓ

MIRTHA ABADÍA SERNA
JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
NORMA MORENO MOSQUERA

Presidenta

14. LA GUAJIRA

FERNANDO GONZÁLEZ CARRIZOSA
MARÍA DEL PILAR VELOSA PARRA
JAIRO HERNÁN RUIZ RUEDA

Presidente

15. HUILA

JOSÉ MARCELINO TRIANA PERDOMO
JORGE AUGUSTO CORREDOR RODRÍGUEZ
GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
RAMIRO APONTE PINO
ENRIQUE DUSSÁN CABRERA

Presidente

16. MAGDALENA

MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO
CARLOS ARTURO CABALLERO BAENA
ADONAÍ FERRARI PADILLA

Presidenta

17. META

ALFREDO VARGAS MORALES
TERESA DE JESÚS HERRERA ANDRADE
EDUARDO SALINAS ESCOBAR
ÁLVARO ANTONIO IREGUI MURCIA

Presidente

18. NARIÑO

ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY
BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABÓN
HUGO HERNANDO BURBANO TAJUMBINA
JORGE EFRAÍN ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ
JULIO ARMANDO RODRÍGUEZ VALLEJO
LUIS JAVIER ROSERO VILLOTA

Presidente

19. NORTE DE SANTANDER

MARÍA JOSEFINA IBARRA RODRÍGUEZ
MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
IZIAR ELISA SARMIENTO TORRES
JORGE ELIÉCER RIVERA PRADA
JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN

Presidenta

20. QUINDÍO

MARÍA LUISA ECHEVERRY GÓMEZ
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
RIGOBERTO REYES GÓMEZ

Presidenta

21. RISARALDA

CARLOS ARTURO JARAMILLO RAMÍREZ
DUFAY CARVAJAL CASTAÑEDA
FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Presidente

22. SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

BEATRIZ ARIZA DE ZAPATA
MARTHA VARGAS HERAZO
JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

Presidenta

23. SANTANDER

SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO
FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA
JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR
MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO

Presidenta

24. SUCRE

HORACIO CORAL CAICEDO
TULIA ISABEL JARABA CÁRDENAS
ARMANDO SUMOSA NARVÁEZ
GABRIEL ARANGO BOLÍVAR

Presidente

25. TOLIMA

JORGE ALFONSO GUTIÉRREZ MUÑOZ Presidente
JOSÉ MANUEL SANTANA MURILLO
CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
SUSANA NELLY ACOSTA PRADA

29. VALLE DEL CAUCA

FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ Presidente
FERNANDO GUZMÁN GARCÍA
BERTHA LUCÍA LUNA BENÍTEZ
ADOLFO LEÓN OLIVEROS TASCÓN
BERTHA LUCÍA GONZÁLEZ ZÚÑIGA
LUZ ELENA SIERRA VALENCIA
RAMIRO RAMÍREZ ONOFRE
ÁLVARO PÍO GUERRERO VINUEZA
FRANKLIN PÉREZ CAMARGO
ÓSCAR VALERO NSIMBLAT

IMPLEMENTACIÓN DE JUZGADOS ADMINISTRATIVOS

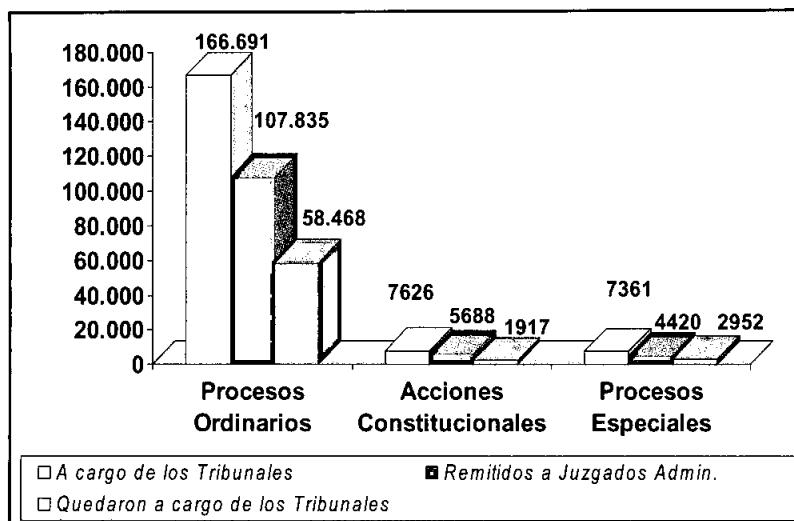
Descongestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa

Elaboró: Myriam Guerrero de Escobar y Amparo Oviedo Pinto,
magistradas Tribunal Administrativo de Cundinamarca

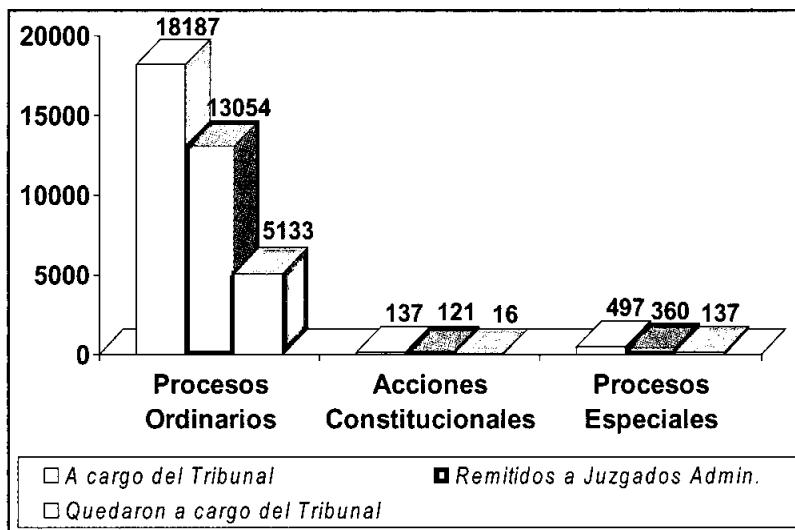
Datos de los siguientes Tribunales Administrativos

Antioquia	Guajira
Arauca	Huila
Atlántico	Magdalena
Bolívar	Nariño
Boyacá	Norte de Santander
Caldas	Quindío
Caquetá	Risaralda
Casanare	Santander
Cauca	Sucre
Cesar	Tolima
Córdoba	San Andrés y Providencia
Cundinamarca	Valle del Cauca
Chocó	

TOTAL DE PROCESOS EN TRIBUNALES Y JUZGADOS

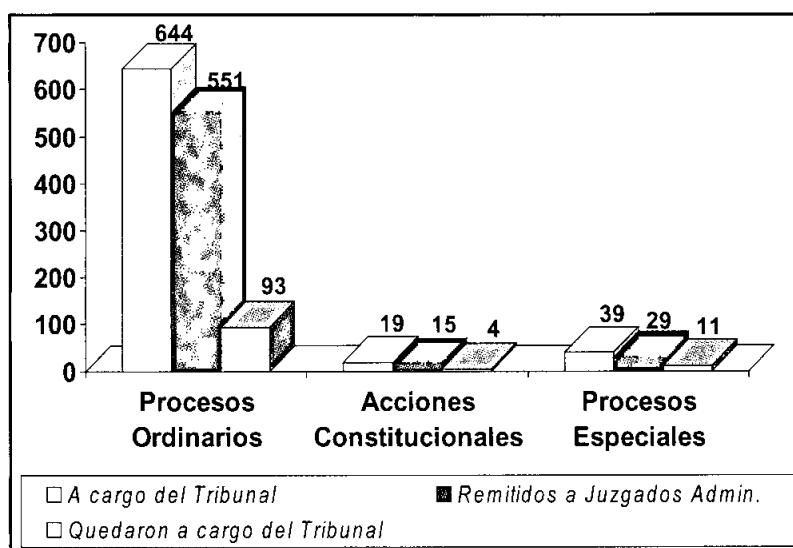


ANTIOQUIA Situación de los procesos



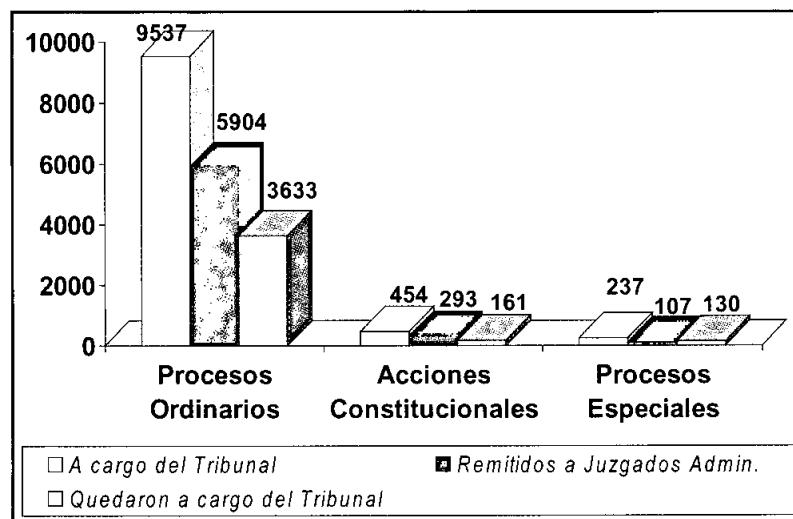
ARAUCA

Situación de los procesos



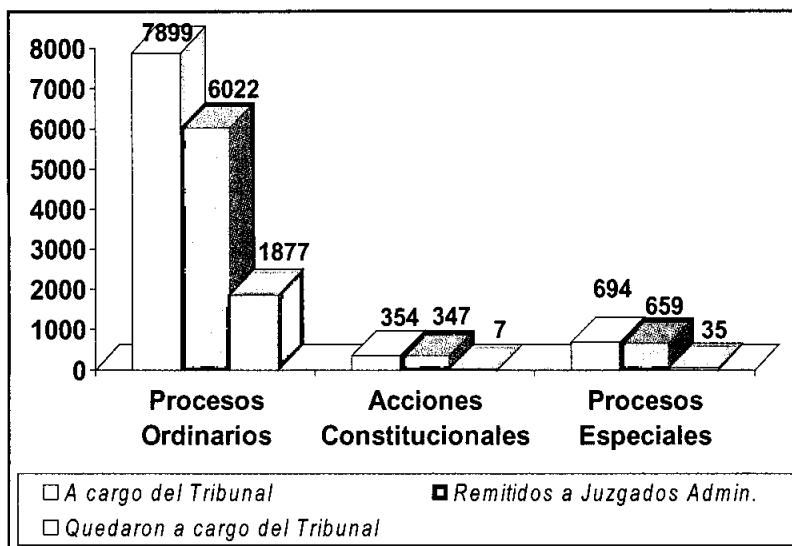
ATLÁNTICO

Situación de los procesos



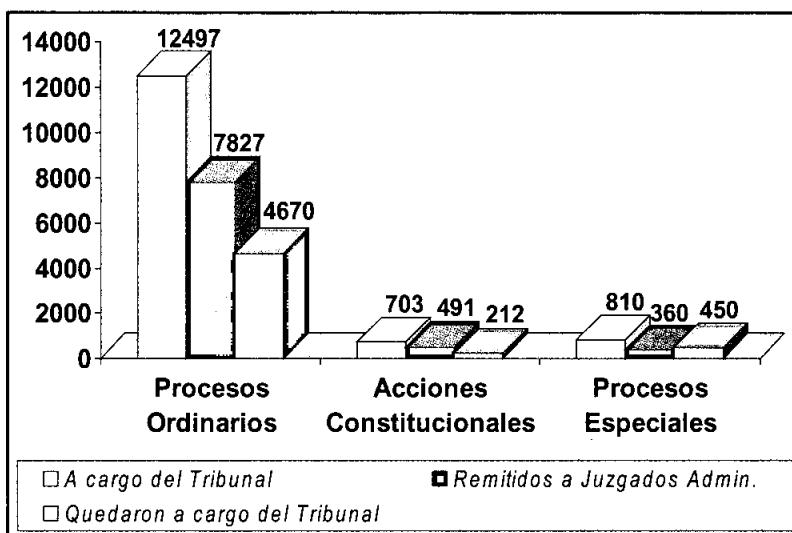
BOLÍVAR

Situación de los procesos



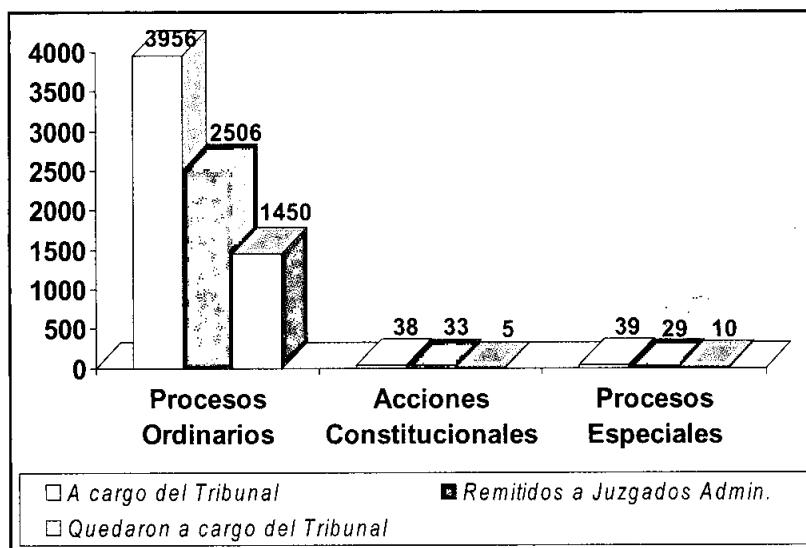
BOYACÁ

Situación de los procesos



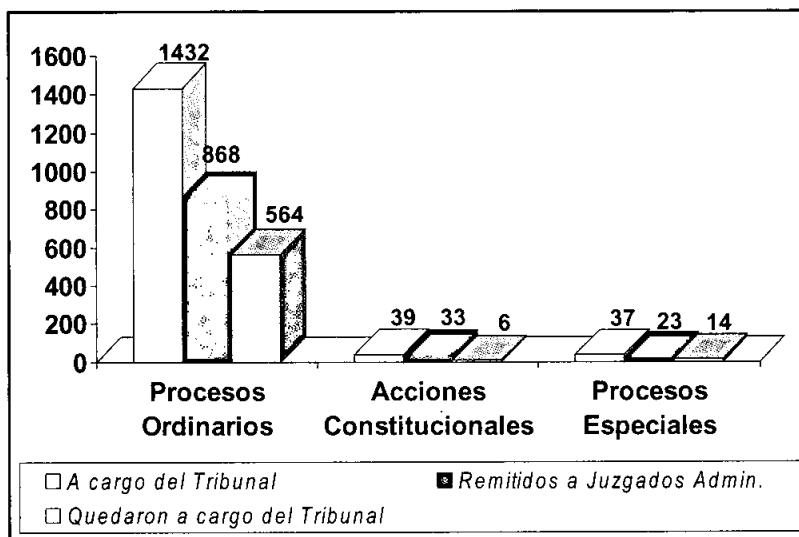
CALDAS

Situación de los procesos



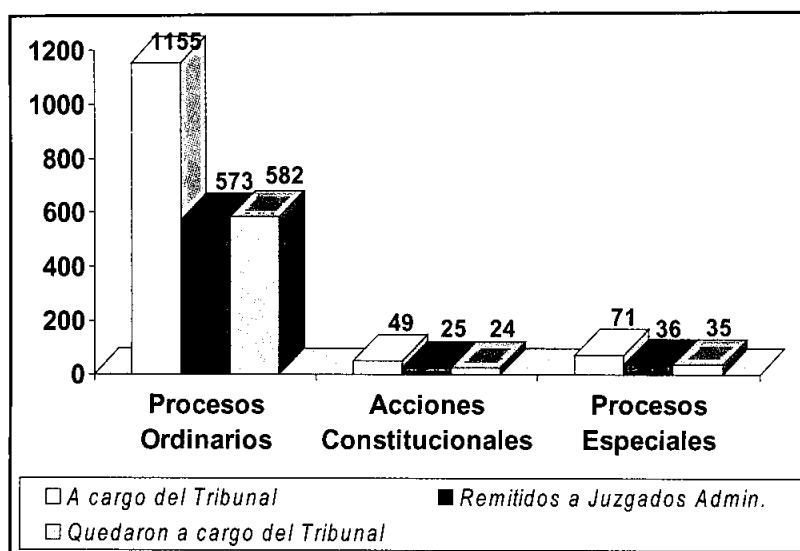
CAQUETÁ

Situación de los procesos



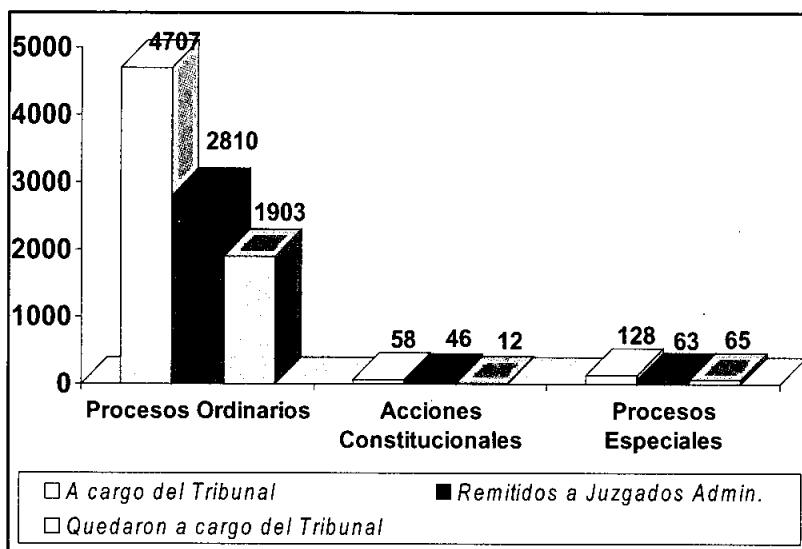
CASANARE

Situación de los procesos



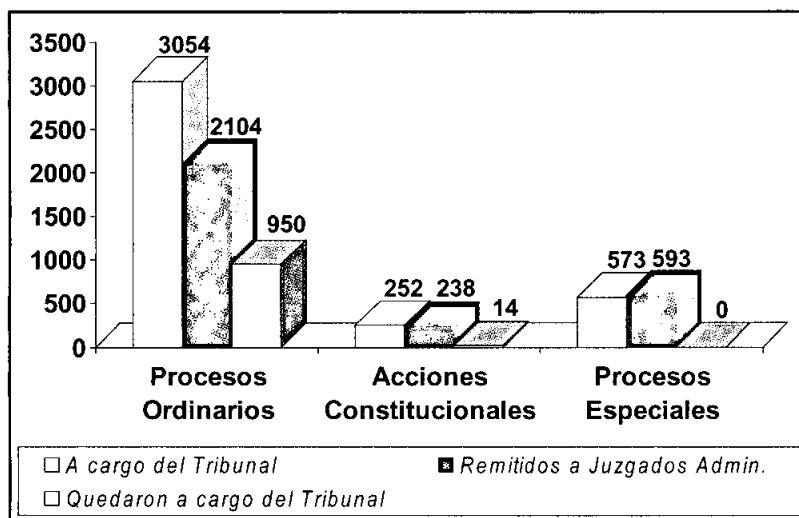
CAUCA

Situación de los procesos



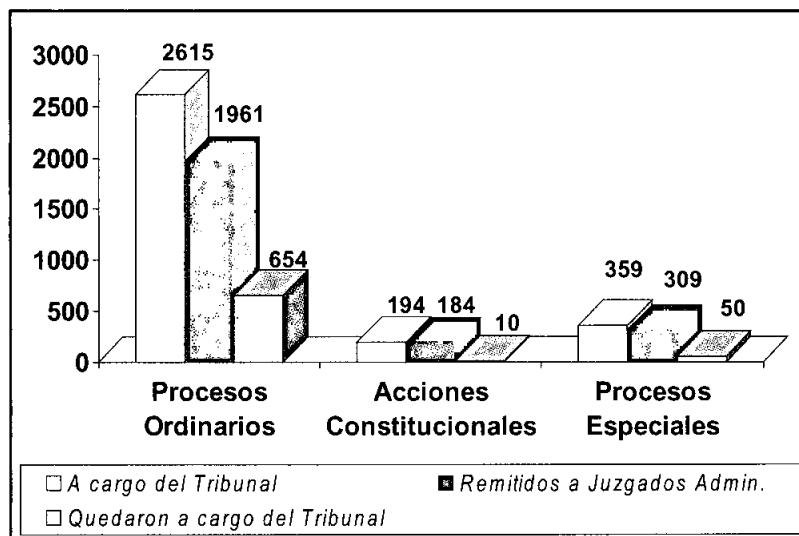
CESAR

Situación de los procesos



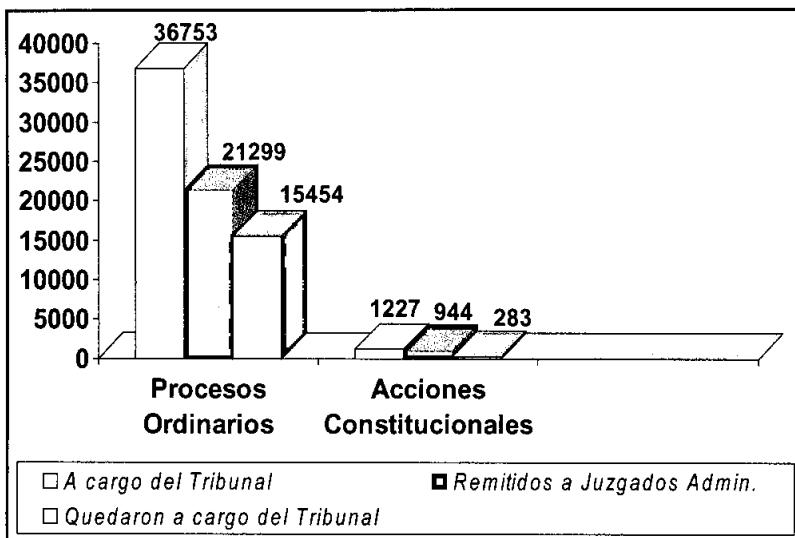
CÓRDOBA

Situación de los procesos



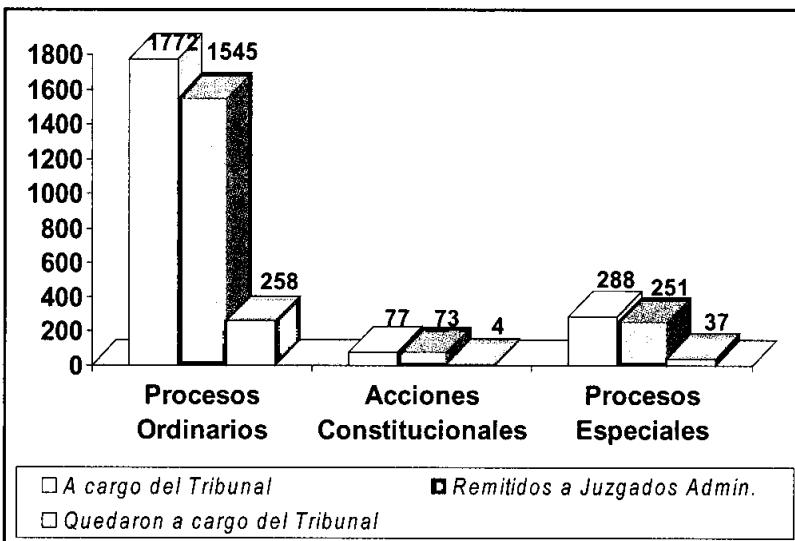
CUNDINAMARCA

Situación de los procesos



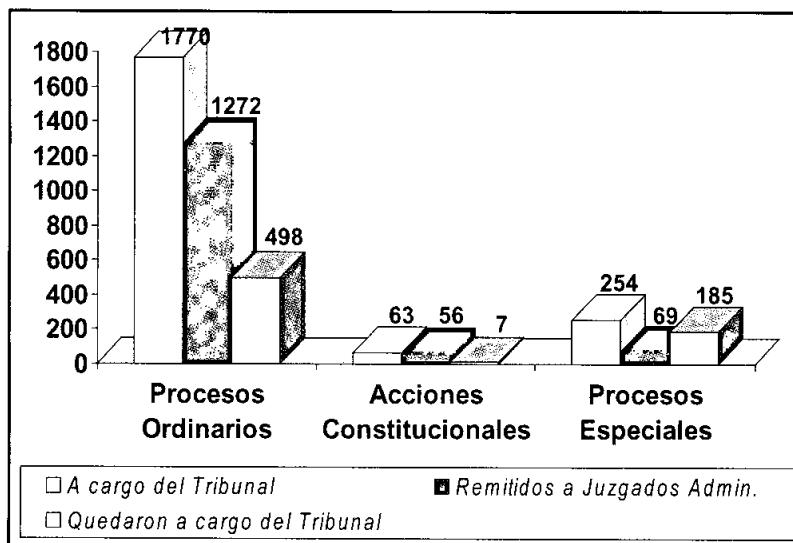
CHOCÓ

Situación de los procesos



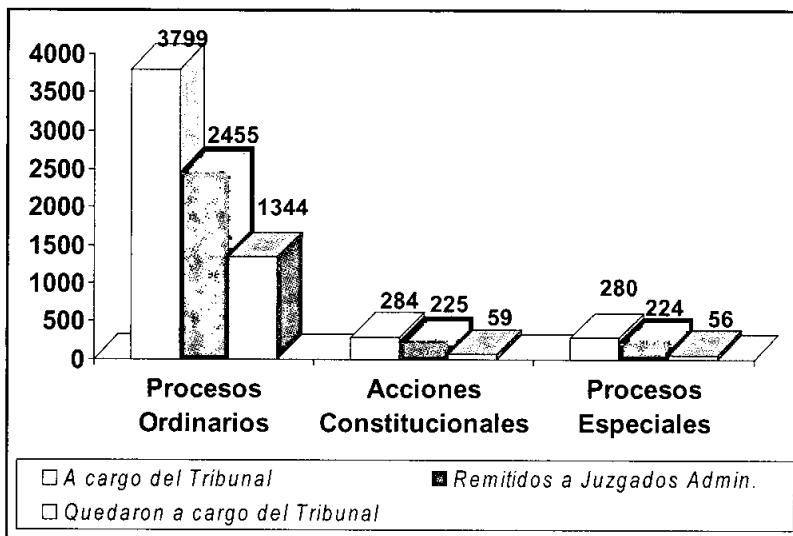
LA GUAJIRA

Situación de los procesos



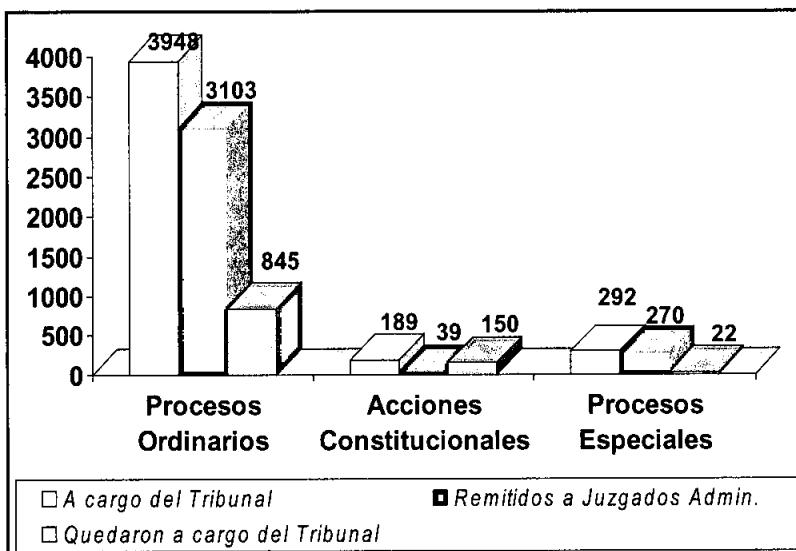
HUILA

Situación de los procesos



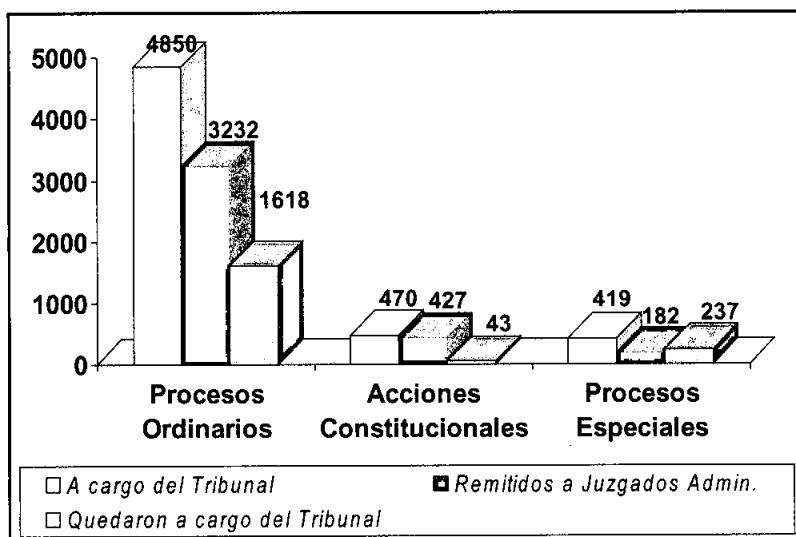
NARIÑO

Situación de los procesos



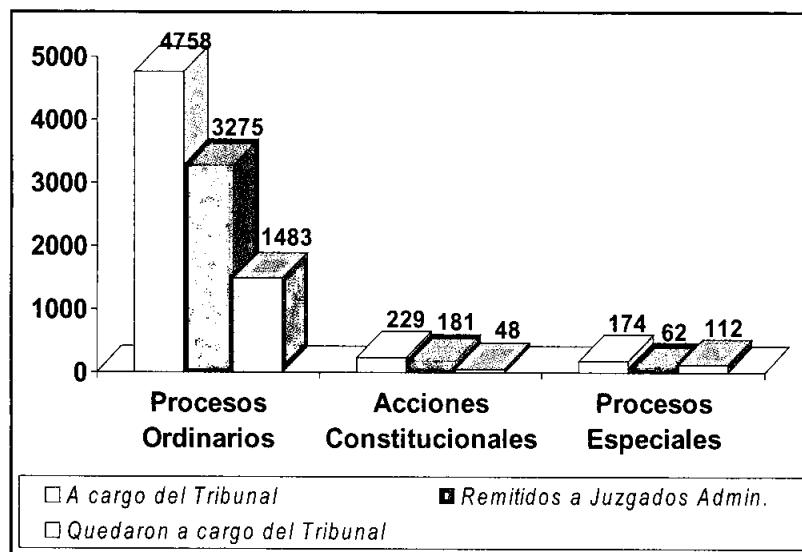
MAGDALENA

Situación de los procesos



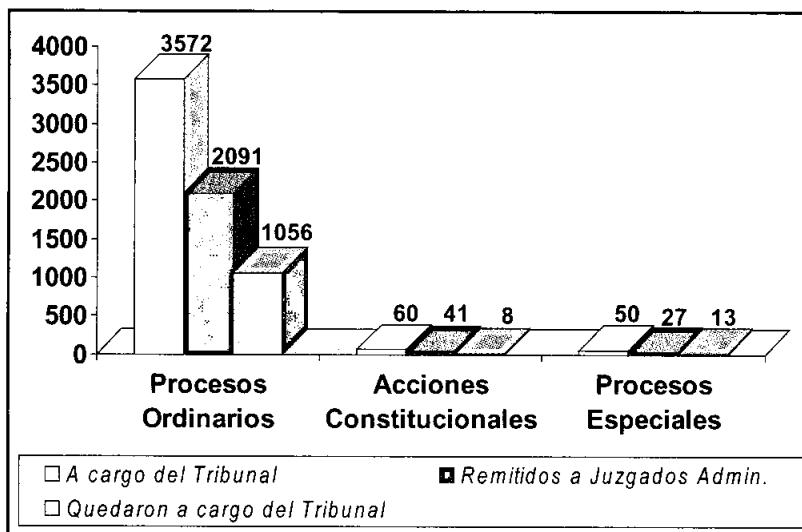
NORTE DE SANTANDER

Situación de los procesos



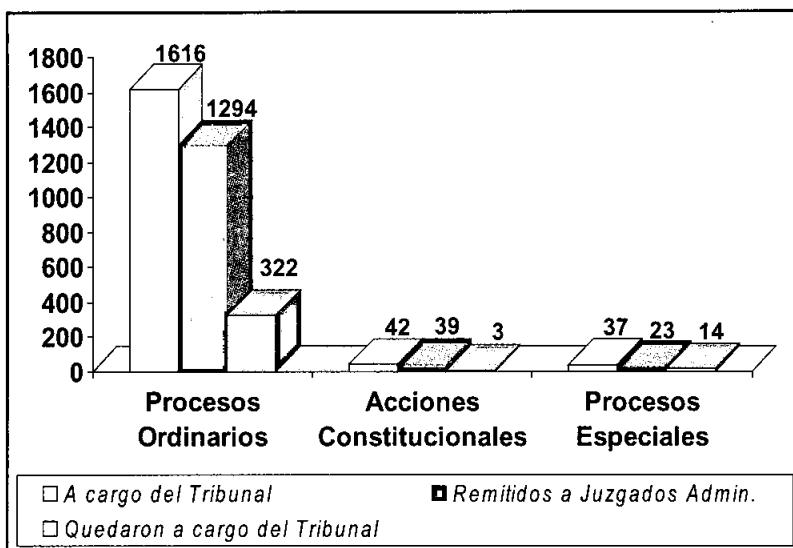
QUINDÍO

Situación de los procesos



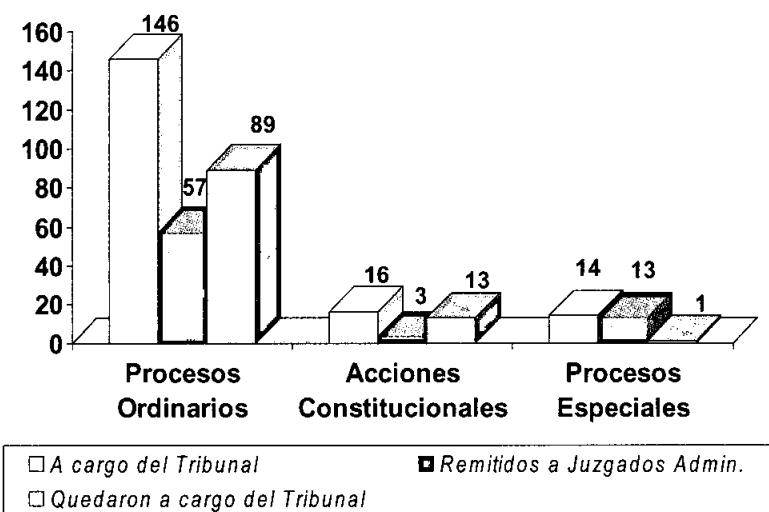
RISARALDA

Situación de los procesos



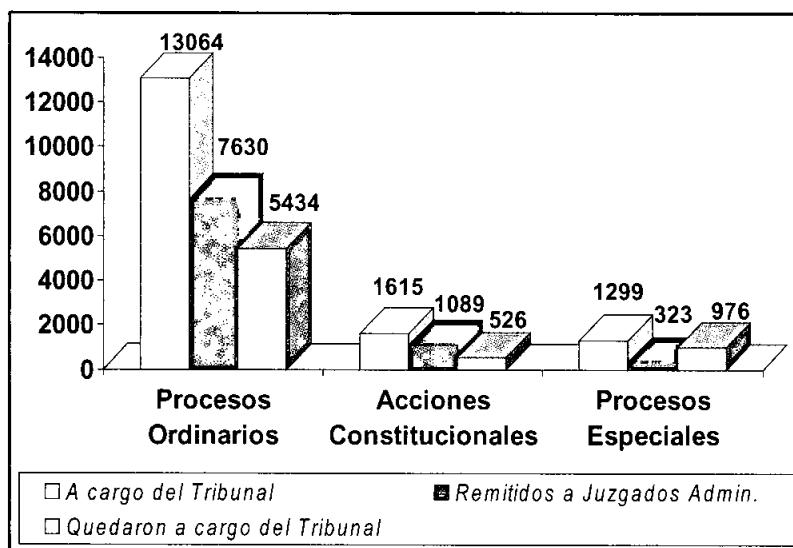
SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA

Situación de los procesos



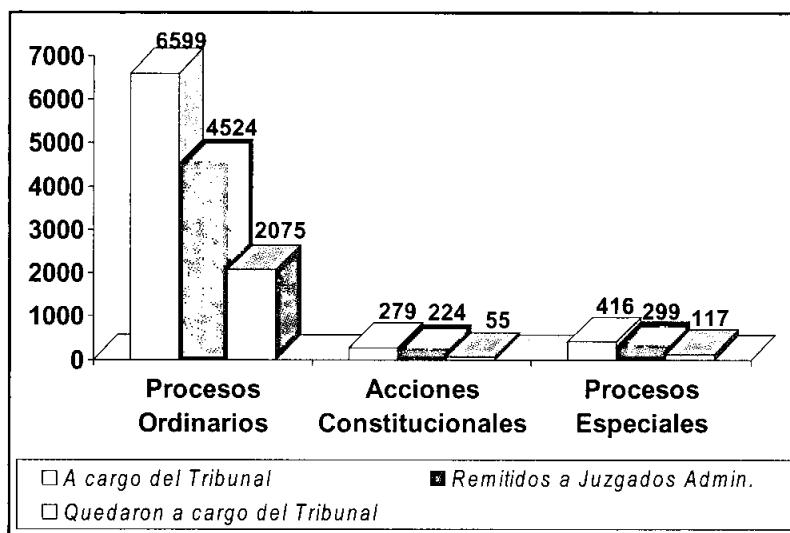
SANTANDER

Situación de los procesos



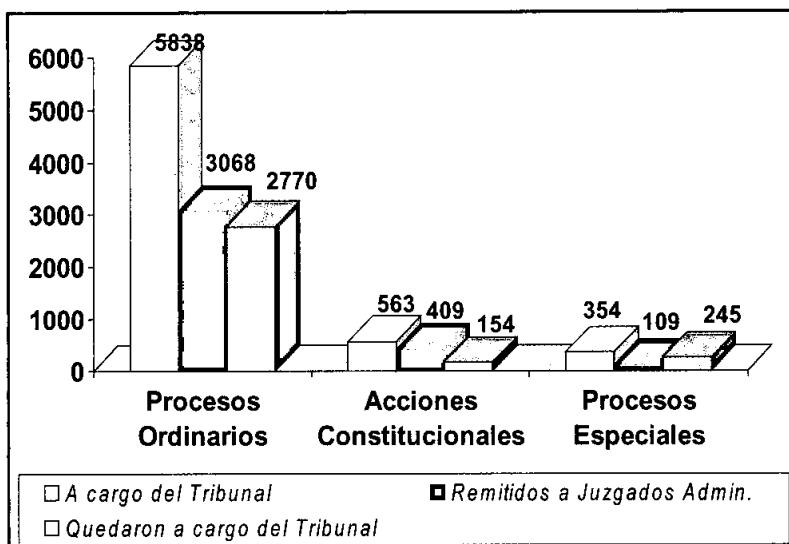
SUCRE

Situación de los procesos



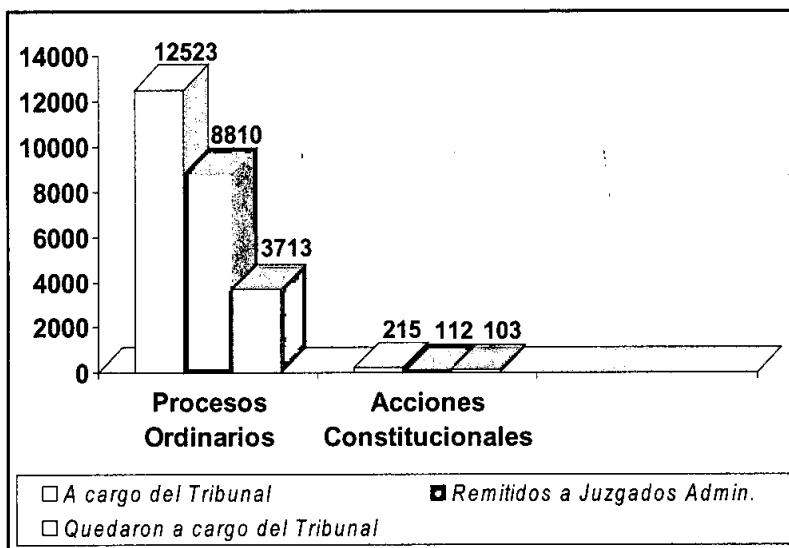
TOLIMA

Situación de los procesos



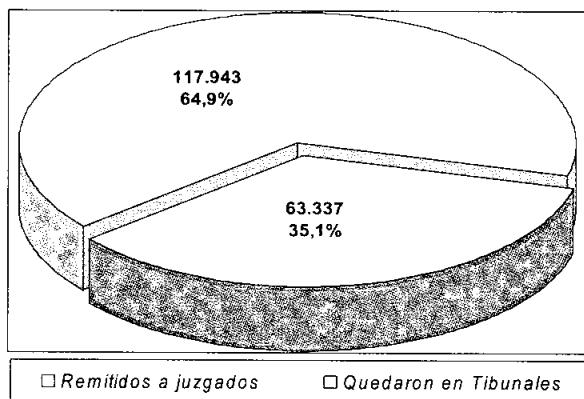
VALLE DEL CAUCA

Situación de los procesos



TOTAL DE PROCESOS EN TRIBUNALES Y JUZGADOS

Total de Procesos a la entrada en funcionamiento de los Juzgados Administrativos, Ordinarios, Constitucionales y Especiales: 181.678



NÚMERO DE FUNCIONARIOS

TRIBUNALES

139 MAGISTRADOS

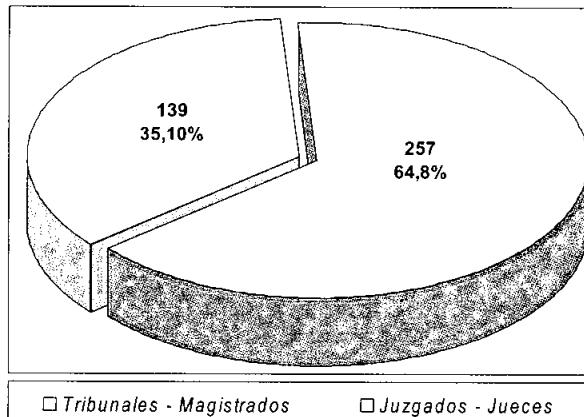
35.10%

JUZGADOS:

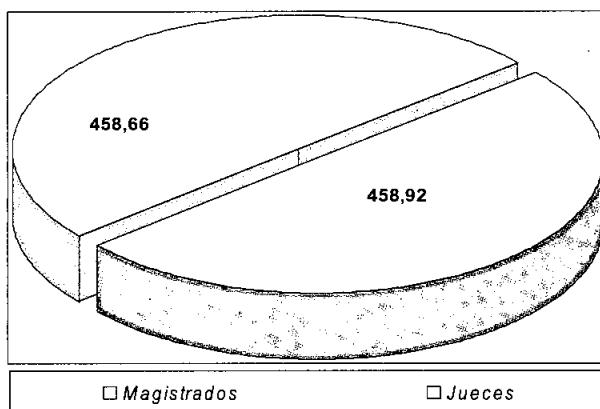
257 JUECES

64.9%

FUNCIONARIOS EN TRIBUNALES Y JUZGADOS



PROMEDIO PROCESOS POR FUNCIONARIO



RESULTADOS ACTUALES

- Tribunales
- La descongestión es significativa según el porcentaje revisado.
- Mantienen una carga de procesos dentro de los que se encuentra un volumen importante en estado para fallo.
- Conocerán de apelación de autos y sentencias del porcentaje remitido a los juzgados.
- Mantienen la carga de procesos de primera y segunda instancia.

CONSEJO DE ESTADO

- No se disminuyó la carga con la implementación de los juzgados administrativos (Ley 954 de 2004 y 446 de 1998).

MEDIDAS FUTURAS

- Mantener la carga actual.
- Evacuación de procesos en igual proporción al ingreso futuro.

GERENCIA DEL DESPACHO Y DEL PROCESO

Eficacia en el desempeño laboral para la buena prestación del servicio

1. DIRECCIÓN DEL DESPACHO

Organización

Clasificación de expedientes en el estado en que se encuentren

Clasificación temática de los asuntos

– Sustanciación

– Fallos (verificar líneas jurisprudenciales)

2. MANEJO DEL RECURSO HUMANO

Distribución racional de las tareas: complejidad, cantidad y temática (especialidad)

Inducción previa al personal de judicantes

3. DIRECCIÓN DEL PROCESO

Definición de jurisdicción y competencia.

Guía escrita concertada con la Sala en el caso de los Tribunales sobre:

a) Admisión de la demanda.

Verificación de integración del contradictorio.

b) Pruebas.

RECURSO TÉCNICO

Sistema de Gestión

OTROS

Autoevaluación permanente.

Atender la carga actual y adaptar las medidas a la dinámica del proceso en el tiempo respectivo.

CONCLUSIONES

- La carga actual permite la prestación de un buen servicio.
- Ninguna medida administrativa ni apoyo técnico tendrá los suficientes resultados sin el compromiso del personal de funcionarios y empleados.

Fuente de Datos: Certificación Presidentes de Tribunales Contencioso-Administrativo.

