

**CONTROL JUDICIAL POR VÍA DE EXCEPCIÓN Y LA DISCRECIONALIDAD DEL
JUEZ EN LOS PROCESOS ADELANTADOS EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

LEONARDO LUGO LONDOÑO

**PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:
MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
MEDELLÍN-ANTIOQUIA**

2020

DEDICATORIA

El maestro estoico Epíteto manifestó en “Enquiridión”:

Recuerda comportante en la vida, como en un banquete: Cuando veas pasar los platos delante de ti, sírvete porciones con moderación. ¿Observas que el plato pasa de largo?

Ni te molesten en reclamarlo. ¿Echas en falta algún manjar en particular? No dejes que el anhelo del placer te absorba...

Espera pacientemente conversando con los comensales, hasta que llegue algo que despierte tu curiosidad. Aprecia lo que tienes y céntrate en el momento presente. Quizás, algún día, seas merecedor de acudir al banquete de los dioses.
“Epíteto” (Frasas conmemorativas a la gratitud).

Es perfectamente aplicable esta frase analógica para que, con base en la gratitud que siento por ustedes, me permitan compensarlos con este pequeño pero simbólico y placentero triunfo.

Este trabajo y esfuerzo lo ofrezco a ustedes Martha Doris y Erick Leonardo, quienes me tuvieron la paciencia debida y fueron condescendientes y cómplices, al permitir que les suprimiera el tiempo que debía dedicarles, para otorgárselo a la consecución y logro de esta meta propuesta. ¡Gracias familia, Los amo!

AGRADECIMIENTOS

Es imposible lograr un objetivo específico, sea este personal, social, familiar, empresarial o cualquier meta que te propongas, sin contar con el apoyo y guía de otro(s) ser(es) humano(s).

Este trabajo no hubiera sido posible sin el concurso y ayuda de personas familiares, amigos o compañeros de viaje.

Estoy profundamente agradecido con usted Dra. Nataly Vargas Ossa, por su paciencia, dedicación, apoyo, dirección y entrega.

A usted señora Blanca Nubia Mazo, pues a pesar de terminar su turnos de trabajo en la biblioteca "*Justiniano Turizo Sierra*" en muchas oportunidades, se quedó conmigo buscando textos relativos al caso hoy presentado.

A las directivas y docentes de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, todo lo aprendido en este centro de estudios ha sido de importancia y aplicación en mi vida profesional.

RESUMEN

El objetivo perseguido en este trabajo de grado es profundizar en el estudio doctrinal, normativo y jurisprudencial sobre la figura jurídica procesal del control judicial por vía de excepción traída como medio de control judicial y consagrada en el artículo 148 de la ley 1437 de 2011, la que en concurso o analizada con el poder discrecional de que gozan los jueces de lo contencioso administrativo en nuestro ordenamiento, hacen posible que, con la fundamentación de los fines, valores y principios consagrados en la carta política de 1991, los jueces en esta especialidad pueda inaplicar con efectos interpartes, los actos administrativos llevados a control jurisdiccional cuando del análisis de un caso concreto se advierta que estos contrarían la constitución política o la ley.

Para alcanzar este propósito se desarrolló un amplio eje temático en donde se estudió su historia, nacimiento como figura jurídica, evaluación en el derecho colombiano hasta la incorporación de la figura propiamente dicha dentro de la ley 1437 de 2011, actual código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Todo el análisis actual concluye teniéndose en cuenta los postulados normativos, principios y valores consagrados en nuestro Estado Social de Derecho, el cual centra su atención, entre otros, en principios, en la dignidad humana o el ser humano, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que integran nuestra sociedad.

En síntesis, la figura jurídica consagrada ahora de manera expresa en la ley, se aprecia desde la órbita constitucional y se estudia como unidad normativa del sistema jurídico, se analiza su coherencia y armonía, las cuales deben estar correctamente sintonizadas con el tipo jerárquico de la cual debe revestirse. De contera, se analiza cómo se ha manifestado, si la discrecionalidad del juez en lo contencioso administrativo, desborda su poder o si por el contrario, éste, como creador de derecho y controlador de la legalidad, es otro garante el bien común, guardián de la carta magna y defensor de los derechos del conglomerado social.

RESUMO

O objetivo prosseguido neste projeto de licenciatura é aprofundar o estudo doutrinal, normativo e jurisprudencial sobre a figura jurídica processual do controle judicial por via de exceção instituída como meio de controle judicial e consagrada no artigo 148 da Lei 1437 de 2011, o que em concorrência ou analisadas com o poder discricionário de que gozam os juízes do contencioso administrativo no nosso ordenamento jurídico, possibilitem que, com o fundamento dos fins, valores e princípios consagrados na carta política de 1991, os juízes desta especialidade possam Inaplicam, com efeitos interpartidários, os atos administrativos levados ao controle judicial quando da análise de um caso concreto evidenciar que infringem a constituição política ou a lei.

Para tanto, desenvolveu-se um amplo eixo temático onde se estudou sua história, nascimento como figura jurídica, avaliação no direito colombiano até a incorporação da própria figura na Lei 1437 de 2011, atual código de procedimento administrativo e de o contencioso administrativo. Toda a presente análise se conclui levando em consideração os postulados, princípios e valores normativos consagrados em nosso Estado Social de Direito, que centra sua atenção, entre outros, nos princípios, na dignidade humana ou do ser humano, no trabalho e na solidariedade das pessoas que constituem a nossa sociedade.

Em suma, a figura jurídica agora expressamente consagrada na lei, é apreciada desde a órbita constitucional e estudada como unidade normativa do sistema jurídico, analisando-se a sua coerência e harmonia, que deve estar devidamente sintonizada com o tipo hierárquico do direito, que deve ser revestido. Por outro lado, analisa-se como tem se manifestado, se a discricionariedade do juiz em matéria contenciosa administrativa, extrapola seu poder ou se, pelo contrário, ele, como criador de direito e controlador da legalidade, é outro fiador do bem comum, guardião de a Magna Carta e defensora dos direitos do conglomerado social.

TABLA DE CONTENIDO

PORTADA	Pág.01
RESUMEN	Pág.04
RESUMO	Pág.06
INTRODUCCIÓN	Pág.08
OBJETIVOS	Pág.15
OBJETIVO GENERAL OBJETIVOS ESPECÍFICOS	
CAPÍTULOS	Pág.16
CAPÍTULO 01.	Pág.16
ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE CÓMO HA OPERADO LA FIGURA DEL CONTROL JUDICIAL POR VÍA DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA HASTA SU INCORPORACIÓN EN LA LEY 1437 DE 2011	
CAPÍTULO 02. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN	Pág.26
2.1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VÍA DE EXCEPCIÓN	Pág.30
2.2. CONTROL DE LEGALIDAD POR VÍA DE EXCEPCIÓN	Pág.36
2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN ...	Pág.43
CAPÍTULO 03. ALCANCE DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL AL MOMENTO DE REALIZAR EL CONTROL JUDICIAL POR VÍA DE EXCEPCIÓN DE OFICIO O PETICIÓN DE PARTE PARA INAPLICAR ACTOS ADMINISTRATIVOS	Pág.49
CONCLUSIONES	Pág.63
REFERENCIAS	Pág.67

1. INTRODUCCIÓN:

La evolución socio-jurídica de los Estados ha sido clara en matizar que, si bien las actuaciones de los funcionarios estatales encargados de la administración pública deben enmarcarse dentro de los lineamientos constitucionales y legales que para el efecto haya sentado el constituyente primario, así como el constituyente secundario o derivado; no es menos cierto que los fines, valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho exigen que la aplicación de las normas por parte de los operadores judiciales se efectúe de manera dinámica y no lapidaria, en tanto las necesidades sociales y las siempre cambiantes condiciones de la realidad reclaman tal situación.

Así las cosas, se admite que los jueces de la república cuentan con un margen de discrecionalidad en lo que resolución de los asuntos puestos a su conocimiento refiere, pues los mismos pueden actuar con un amplio margen de movilidad dentro del proceso para ordenar la forma como habrá de desarrollarse el mismo, instruyendo a las partes en los momentos que podrán intervenir dentro de la actuación y conminando a las mismas a actuar o abstenerse de hacerlo conforme a las formalidades propias del procedimiento en lo contencioso administrativo; entendiendo este poder discrecional como la libertad de valorar los elementos materiales de prueba, las argumentaciones de las partes procesales encontradas y las normas aplicables al caso de la forma que mejor se ajuste a derecho para tomar una decisión de fondo sobre el caso concreto.

Por ello debe decirse que, en especialidades como el derecho contencioso administrativo, los jueces cuentan con facultades de oficio para actuar por fuera de lo pedido por las partes y tomar decisiones que contribuyan con la correcta administración de justicia cuando las partes hayan obviado la solicitud o práctica de una prueba, el despliegue de una actuación inherente al proceso o cualquier otra circunstancia que debió ser contemplada a efectos de adelantar el trámite jurisdiccional de una forma adecuada; de manera que el juez preserve la integridad del orden social y jurídico al impedir que se ponga en entredicho el debido proceso o la correcta impartición de justicia.

Con ello no se quiere indicar que so pretexto de la comprensión de una realidad social variable, el juez pueda tomar sus decisiones de una forma caprichosa o sujeta a sus preferencias personales, mucho menos que pueda desconocer arbitrariamente lineamientos constitucionales o legales a manera de resolver aisladamente un caso concreto conforme a su mejor parecer; lo que bajo de la perspectiva del control de constitucionalidad y de legalidad por vía de excepción toma una mayor relevancia en el objeto de análisis, en razón a que el juez va a inaplicar una norma legal en un caso que normalmente debiera usarse dada su riña con el contenido constitucional y la salvaguarda de las garantías fundamentales de una de las partes procesales.

De esta manera, debe otorgarse un espacio para examinar las facultades oficiosas de los jueces en lo contencioso administrativo, máxime cuando aquellas atribuciones extraordinarias puedan manifestarse a través de un medio de control de los actos administrativos independientemente considerado; pues entendiendo que el control judicial por vía de excepción parte, tanto desde la perspectiva de la parte que recurre a dicho medio de control como desde la

perspectiva del administrador permanente de justicia que ha considerado que se cumplen los presupuestos necesarios para su adopción y consecuentemente variar el objeto de la litis, es que ha de dirigirse nuestro esfuerzo académico al dimensionamiento, comprensión y esclarecimiento del alcance y naturaleza jurídica del medio de control contenido en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011.

Además, ha de recordarse que el desarrollo preliminar de este escrito se dio bajo el marco del objetivo general de *“establecer el alcance del medio de control por vía de excepción señalado en el artículo 148 de la ley 1437 de 2011”*, que eventualmente mutó al objetivo general de *“Analizar el control judicial por vía de excepción aplicado por parte del juez en los procesos que se adelanten en lo contencioso administrativo en lo que respecta al manejo de la discrecionalidad de que, de oficio o a petición de parte, inaplique con efectos interpartes un acto administrativo que vulnere la Constitución o la ley”*; por lo que destinaremos un breve pero necesario aparte a indicar los motivos metodológicos que condujeron a valorar como necesaria esta modificación del objeto de estudio.

Si bien es cierto que, lo inicialmente propuesto planteaba la posibilidad de acudir a fuentes formales de consulta como la Constitución Política de 1991, la Ley, la jurisprudencia y la doctrina que en el derecho contencioso administrativo se encargaba de perfilar el concepto, características, requisitos y limitantes impuestas al empleo del medio de control de los actos administrativos contenido en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011; no es menos cierto que en virtud de su análisis se denotó que, el panorama de trabajo propuesto a través del objetivo general inicialmente planteado se restringía genéricamente a la recopilación de fuentes de

consulta documental para determinar la forma como surge y se emplea en el ámbito jurisdiccional este medio de control.

Situación en virtud de la cual se arribó a la conclusión de que no se propiciaba un verdadero aporte a la ciencia jurídica sobre la materia y así mismo planteó la necesidad de modificar dicho planteamiento para ser concretado en el objetivo general ya señalado líneas atrás; debido a que el campo de acción y de reflexión que allí se propone se encauza a delimitar la naturaleza jurídica de dicho medio de control, esto es, si a partir del estudio y ponderación de los planteamientos de la Constitución, la Ley, la jurisprudencia y la doctrina, se puede esclarecer si el control judicial por vía de excepción se trata de un medio de control principal o subsidiario conforme a la discrecionalidad con que cuenta el juez de lo contencioso administrativo para decretarlo de oficio o a petición de parte.

En este sentido, el vuelco que se propició sobre el objeto de estudio plantea un verdadero examen al concepto, los condicionamientos constitucionales y normativos que determinan la procedencia de dicho medio de control, así como a las posturas que las altas cortes y los estudiosos de la materia han ofrecido en sus juicios de valor para explicar el modo como se comporta, emplea y aplica el control judicial por vía de excepción de los actos administrativos; en tanto se examina si este medio de control surge de manera independiente para ser propuesto como una pretensión principal en el marco de las solicitudes procesales y probatorias de las partes que acuden al medio de control o si por el contrario el mismo ha de surgir de manera subsidiaria cuando en curso de las actividades propias para demostrar el acaecimiento de otro

medio de control, se han probado los elementos de juicio necesarios para poder blandir el control por vía excepcional de oficio o a petición de parte.

Evento que obliga a ponderar metódicamente las atribuciones que le han sido reconocidas a los administradores permanentes de justicia para obrar discrecionalmente en los asuntos contenciosos puestos a su conocimiento y conforme a ello perfilar si una vez proceda la solicitud de inaplicar un acto administrativo o la declaración oficiosa se valorará tal situación como un medio de control propiamente dicho o si al ser declarado de esta forma ya no tendría operación esta excepción en el caso en estudio, es decir, si nos encontramos en el terreno de otro medio de control como lo son la simple nulidad (art. 137 de la Ley 1437 de 2011), la nulidad con restablecimiento de derechos (art. 138 de la Ley 1437 de 2011) o la nulidad electoral (art. 139 de la Ley 1437 de 2011); al mismo tiempo que se podrá enjuiciar si este medio de control procede para inaplicar actos administrativos, tanto de carácter general como de contenido particular y concreto, a la vez que contribuirá a establecer si puede ser solicitada por la parte demandante en las pretensiones de la demanda; puede proponerse como excepción por la parte demandada, y finalmente puede ser declarada oficiosamente por el juez.

Dicho esto, es prioritario abordar los antecedentes constitucionales, legales y jurisprudenciales de cómo ha operado la figura del control judicial por vía de excepción en Colombia hasta su incorporación en la ley 1437 de 2011; de manera que se pueda comprender el trasegar de esta institución jurídica en el ordenamiento legal colombiano, al abordar la forma como ha sido regulada a lo largo de la historia colombiana y los cambios que se han dado a sus efectos en el derecho contencioso administrativo dadas las variaciones constitucionales y legales

de las que ha sido objeto en virtud de las perspectivas que se han desarrollado desde sus primeros pasos en las normas nacionales.

Acto seguido se tratará la naturaleza jurídica del control por vía de excepción, abordando premisas estructurales como el control de constitucionalidad por vía de excepción, el control de legalidad por vía de excepción y la naturaleza jurídica de esta institución, de modo que se pueda entender la forma como se aplica la institución procesal en el derecho contencioso administrativo, sus efectos, características y finalidades dentro de la actuación procesal como una manifestación de la discrecionalidad de los operadores judiciales para salvaguardar la integridad del orden jurídico imperante en el Estado Social de Derecho colombiano en atención a las prescripciones constitucionales y normativas aplicables al caso.

Finalmente, nos encauzaremos a estudiar el alcance de la discrecionalidad del juez al momento de realizar el control judicial por vía de excepción de oficio o a petición de parte para inaplicar actos administrativos; todo ello con la intención de dilucidar el margen de movilidad con que cuenta el operador judicial al momento de optar por el desconocimiento e inaplicación de un precepto normativo plenamente ajustado al caso concreto, esto, dadas las características propias del asunto *sub examine* y la necesidad de variar el uso del precedente judicial para lograr la correcta impartición de justicia sin detrimento de la integridad del ordenamiento jurídico.

2. OBJETIVOS:

3.1.OBJETIVO GENERAL

Analizar el control judicial por vía de excepción aplicado por parte del juez en los procesos que se adelanten en lo contencioso administrativo en lo que respecta al manejo de la discrecionalidad de que, de oficio o a petición de parte, inaplique con efectos interpartes un acto administrativo que vulnere la Constitución o la ley.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

3.2.1. Describir los antecedentes constitucionales, legales y jurisprudenciales de cómo ha operado la figura del control judicial por vía de excepción en Colombia hasta su incorporación en la ley 1437 de 2011.

3.2.2. Describir la naturaleza jurídica del control por vía de excepción.

3.2.3. Determinar el alcance de la discrecionalidad judicial para que, al momento de realizar el control judicial por vía de excepción, pueda el juez, de oficio o a petición de parte, inaplicar actos administrativos con efectos interpartes en el proceso que se estudia, cuando estos vulneren la Constitución o la ley.

3.2.4. Establecer si el control judicial por vía de excepción puede predicarse de manera autónoma o depende del inicio de otra actuación judicial (medio de control).

CAPÍTULOS

CAPÍTULO 01.

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE CÓMO HA OPERADO LA FIGURA DEL CONTROL JUDICIAL POR VÍA DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA HASTA SU INCORPORACIÓN EN LA LEY 1437 DE 2011:

Atendiendo a los planteamientos preliminares ya exhibidos, es prioritario abordar los antecedentes constitucionales, legales y jurisprudenciales de cómo ha operado la figura del control judicial por vía de excepción en Colombia hasta su incorporación en la ley 1437 de 2011; de manera que se pueda comprender el trasegar de esta institución jurídica en el ordenamiento legal colombiano, al abordar la forma como ha sido regulada a lo largo de la historia colombiana y los cambios que se han dado en sus efectos en el derecho contencioso administrativo, dadas las variaciones constitucionales y legales de las que ha sido objeto en virtud de las perspectivas que se han desarrollado desde sus primeros pasos en las normas nacionales.

Se puede decir que en razón de la importancia que representa para los Estados modernos la positivización del Derecho, en aras de otorgar cierto grado de seguridad jurídica a los particulares que se encuentran regulados por el compendio de normas que para el efecto se expidan; no se puede desconocer que tanto el contenido constitucional como el legal, resultarían ser simplemente letra muerta en la medida que no se dispusiera de administradores permanentes de justicia que se ocupasen de interpretar y aplicar el derecho conforme a las particulares circunstancias que rodean un caso concreto, de dónde se observa la relevancia de la rama judicial como uno de los componentes estructurales para el funcionamiento de la administración pública.

A esta facultad se le ha denominado jurisprudencial y doctrinalmente como poder discrecional de los jueces, herramienta esta que resulta de total trascendencia para el ordenamiento jurídico en razón a que, la normatividad vigente debe sujetarse al contexto social y moral vigente como para que la misma se compadezca con los derechos, deberes y necesidades de los administrados; dado el constante cambio de los valores sociales que se propician al interior de las interacciones del Estado, el acaecimiento de antinomias como contradicciones o *“indeterminaciones en las leyes que propician también que el juez tome una interpretación subjetiva de la norma y se configure la facultad de decisión que tiene como autoridad judicial frente a las lagunas o vacíos que están presentes”* (Londoño Restrepo, 2015, pág. 76 y 77).

Esta mutabilidad o posibilidad de interpretación de la norma se debe a que la misma no es el único elemento estructurante del derecho sustantivo y procedimental, ya que a la misma se suman valores, principios, finalidades y la dignidad humana traducida en realidades sociales, económicas y culturales, que son de necesaria apreciación; siendo inconcebible que el juez se comporte como un mero vocero de la ley, un simple aplicador de lo contenido en la norma, en vista de que el juez contemporáneo cuenta con independencia e imparcialidad para actuar, lo que se *“traduce en la exigencia de racionalidad de las decisiones, y ello está vinculado a la argumentación jurídica. Una decisión razonable es una decisión que contiene argumentos que la justifican, donde encontraremos razones expresadas con logicidad”* (Morales Godo, 2010, pág. 27).

De lo anterior surge, que los administradores permanentes de justicia puedan actuar por virtud de los requerimientos de las partes y en algunos casos motivados por sus facultades oficiosas, lo que suyo exige que el juez tenga claro su impedimento de desbordar o traspasar la delgada línea que separa la discrecionalidad de la mera arbitrariedad; fundándose esto en los fines, valores y principios que para el caso concreto ordena la Constitución Política de 1991, los que de suyo pueden conllevar a la inaplicación de normas de rango legal que en una situación determinada vayan en detrimento de las garantías fundamentales allí contenidas, para lo cual el juez debe abstener de argumentar con su propio parecer, debiendo *“estar sujeto a derecho y fallar equitativamente para ambas partes del proceso, el demandante y el demandado, porque de lo contrario esta potestad puede ejercitarse de manera equivocada”* (González Echeverri, González Bernal, & Pinto Arévalo, 2015, pág. 15).

Sentado este panorama y en aras de exponer las bases históricas en torno a las cuales se ha dado el desarrollo del control de legalidad y de constitucionalidad de los actos administrativos por vía de excepción, es indispensable afirmar que el texto de la Constitución Política de Colombia de 1886 refleja la creación incipiente de esta institución; ya que en el numeral 04 del artículo 151 se hacía manifiesto el control que la Corte Suprema ejercía sobre las objeciones que el Gobierno interpusiera en contra de Actos Legislativos que considerase inconstitucionales, por lo que aquellos actos eran debidamente comparados y analizados bajo la perspectiva de los criterios de interpretación sentados en el texto constitucional a petición de parte, sin perjuicio de que fuera limitado netamente a los Actos Legislativos.

Al mismo tiempo, el numeral 05 del artículo 151 de la Constitución Política de 1886 estipulaba que la Corte Suprema de Justicia tenía la posibilidad de decidir de conformidad con las leyes, las demandas que se interpusieran en contra de las Ordenanzas departamentales ante los respectivos tribunales o bien que hubieran sido suspendidos por el Gobierno; de manera que este es el primer aparte normativo que en el ordenamiento jurídico colombiano se hace, como una expresa confrontación entre una manifestación de voluntad de la administración pública con respecto a normas superiores que para el caso sólo cobijaban a la ley, las que siendo debidamente sustentadas ante esta corporación daban lugar a que los operadores judiciales ejercieran un control de legalidad de aquellos actos administrativos.

Seguidamente, es necesario acudir a lo dispuesto por el Consejo Nacional Legislativo de 1887, que atendiendo a los poderes conferidos por mandato de la Constitución Política de 1886, expidió la Ley 153 de 1887 para estipular en su artículo 06 la forma en que habría de darse la aplicación de la superioridad jerárquica de las normas constitucionales y legales en el sistema jurídico colombiano; este texto expresaba literalmente que *“Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe”* (Ley 153, 1887).

Conforme a lo allí descrito, si bien pareciera otorgarse un rango superior a la ley por encima del texto constitucional, en tanto se aprecia la presunción de constitucionalidad en favor de las leyes que se expidieran con posterioridad al texto constitucional incluso cuando aquellas normas contrariaran lo reglado por la Carta Política, no es menos cierto, que también dispone

que los operadores judiciales podían apartarse de la aplicación de una norma creada por el Consejo Nacional Legislativo, en tanto aquella disposición tuviera un contenido deficiente, incomprensible o cuyos efectos no fueran establecidos con claridad de cara a una actividad o función específica de la administración, que si estuviese definida u orientada por el texto constitucional de 1886. *“De ahí que, aquellos actos que resulten contrarios a las leyes puedan ser inaplicados. Así, la excepción de ilegalidad es una manifestación del principio de legalidad y del sistema jerárquico normativo que rige en Colombia”* (Nulidad y Restablecimiento del Derecho (21911), 2018).

Posteriormente, en virtud de la reforma constitucional que promoviera la Asamblea Nacional de Colombia el 31 de octubre de 1910, se da una nueva modificación a los criterios de orientación de la actividad de los administradores de justicia, ya que a través de lo reglado en el artículo 40 del Acto Legislativo 03 de 1910 se dispuso que: *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”* (Acto Legislativo 03, 1910); así las cosas, esta reforma a la Constitución Política de 1886 ya dejaba en claro la comprensión de la necesidad de instaurar un mandato superior del ordenamiento jurídico, al cual debían acogerse las demás manifestaciones de voluntad de la administración, las que aun en desarrollo de la facultad de configuración legislativa del legislador colombiano se encontraban sujetas a las prescripciones constitucionales imperantes para el efecto.

Así pues, la introducción de la excepción de inconstitucionalidad en el sistema jurídico colombiano representó en juicio de (Maya Chaves, 2012) *“romper -al menos formalmente- la*

concepción francesa del legislador como fuente última de autoridad. En adelante los jueces tendrían un papel importante en la defensa de los derechos constitucionales y los ciudadanos contarían con un mecanismo para exigirla” (Maya Chaves, 2012, pág. 127); dado que el texto reformativo de la constitución así lo dispuso, se confería a los jueces el poder para intervenir de forma activa en la protección del ordenamiento jurídico, al contar con la facultad para inaplicar una disposición normativa que no acatase lo ordenado por el texto superior.

Además, debe decirse que el artículo 41 del Acto Legislativo 03 de 1910 estipuló que las demandas de inconstitucionalidad que se interpusieran contra leyes o decretos, podían ser facultativas de cualquier particular y que aquellas demandas que refutaran la constitucionalidad de los Actos Legislativos debían ser objetados por el Gobierno Nacional, todas estas del conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia en su carácter de guardiana de la integridad de la Constitución, lo que centraba el poder de salvaguarda de la constitución en el órgano que para esa época era la máxima corporación encargada de la administración de justicia, eliminando de tajo la actividad de los jueces unipersonales o colegiados en la materia.

De otro lado, el 07 de octubre de 1959 el entonces Presidente de la República Alberto Lleras Camargo, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confería la ley 19 de 1958, expide el literal A del artículo vigesimoprimer del Decreto 2733 de 1959, según el cual, los actos administrativos debían ser revocados directamente por los funcionarios que los hubieran expedido, por sus superiores jerárquicos, de oficio o a petición de parte *“Cuando sea manifiesta su oposición con la Constitución o la Ley”* (Decreto 2733, 1959); de este modo, la facultad para revocar los actos administrativos no es competencia exclusiva de los administradores

permanentes de justicia, sino que ya es reconocida esta atribución a los funcionarios públicos para que una vez evaluadas sus propias manifestaciones de voluntad y constatado que las mismas procedían en contravía de lo estatuido en la Constitución Política y la Ley, pudiesen proceder con prontitud a retirar del ordenamiento jurídico sus propias órdenes.

Posteriormente, el Presidente de la República de Colombia que para el 02 de enero de 1984 era Belisario Betancur, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueran expresamente conferidas por el artículo 11 de la Ley 58 de 1982, expide el Decreto 01 de 1984, texto que en el Título V, artículo 69, numeral 01 manifestó como causal específica de revocatoria directa de los actos administrativos de oficio o a petición de parte lo siguiente: *“Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley”* (Decreto 01, 1984); este precepto guarda consonancia con lo ya dicho en cuanto a que las actuaciones de los funcionarios que ejercitan facultades propias de la administración pública para que pudieran revocar por su propia decisión de los actos administrativos que contravinieran la constitución o la ley, en el mismo sentido reitera que las decisiones de la administración pública sean en el ámbito legislativo, ejecutivo o judicial no pueden apartarse de las directrices establecidas en el texto constitucional de 1886 que aún seguía vigente para ese momento.

De otra parte, es claro que la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 continuó la tradición estatal de la consagración de la salvaguarda de los fines, valores y principios que orienta el texto constitucional por encima de las Leyes, Decretos, Ordenanzas, Acuerdos o cualquier otro tipo de manifestación de voluntad de la administración pública que se destine a generar efectos en el ordenamiento jurídico colombiano; ya que en su artículo 4

estatuye que *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”* (Constitución Política de Colombia, 1991), por lo que ningún tipo de actuación estatal que provenga del poder ejecutivo, legislativo o judicial se puede encontrar por fuera de lo reglado e instruido por la Carta Política.

Bajo esta premisa, el legislador colombiano acogió en la ley 1437 de 2011 conocida como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, un mecanismo denominado como “control por vía de excepción”, informándose en el contenido del artículo 148 del texto lo siguiente: *“En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley”* (Ley 1437, 2011); conforme a esto, se consagra específicamente el poder de los jueces contenciosos para ejercer un control difuso de constitucionalidad en tanto los actos administrativos que sean sometidos a su conocimiento y que pretendan ser controvertidos detenten una clara desobediencia a los preceptos señalados en el texto constitucional y legal vigente.

En tal sentido, se denota que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha tenido un lento pero consistente desarrollo normativo respecto a la facultad discrecional de los jueces en esta rama del derecho, al punto que, en la legislación contemporánea se ha llegado a edificar el concepto de un control excepcional rogado por las partes procesales o inclusive volitivo del juez que conozca de un acto administrativo que, en un caso específico, contraría la Constitución y la

ley; esto, ni siquiera con miras a sacar la disposición del ordenamiento jurídico, sino con la facultad de excluir la norma para un caso y partes en específico.

Conforme a estos breves apartes, se pueden evidenciar el cumplimiento de uno de los objetivos planteados al notar que ya se han listado los antecedentes constitucionales, legales y jurisprudenciales de cómo ha operado la figura del control judicial por vía de excepción en Colombia hasta su incorporación en la ley 1437 de 2011; pues, enunciado el planteamiento de los numerales 04 y 05 del artículo 151 de la Constitución Política de 1886 que compete al control judicial a petición de parte sobre las objeciones del Gobierno a los Actos Legislativos y las demandas que se interpusieran en contra de las ordenanzas departamentales, así como lo preceptuado en el artículo 06 de la Ley 153 de 1887, relativo la aplicación de la superioridad jerárquica de las normas constitucionales y legales en el sistema jurídico colombiano.

Al igual que lo descrito en los artículo 40 y 41 del Acto Legislativo 03 de 1910 que atañen a la superioridad jerárquica del texto Constitucional y a la posibilidad de que cualquier particular pudiera plantear demandas de inconstitucionalidad contra leyes o decretos; al mismo tiempo que el literal A del artículo vigesimoprimer del Decreto 2733 de 1959, dispuso que los actos administrativos debían ser revocados directamente por los funcionarios que los hubieran expedido, por sus superiores jerárquicos, de oficio o a petición de parte cuando sea manifiesta su oposición con la Constitución o la Ley; a la vez que el Título V, artículo 69, numeral 01 del Decreto 01 de 1984 manifestó como causal específica de revocatoria directa de los actos administrativos de oficio o a petición de parte cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

Preceptos esto que sintetizados o adaptados al contenido del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, han edificado la figura procesal que en lo contencioso administrativo se destina al control de legalidad y de constitucionalidad de los actos administrativos por vía de excepción; lo que desde luego incita a hacer un estudio del alcance y limite inherente a la naturaleza jurídica del poder que se le ha conferido a los jueces administrativos en el ordenamiento jurídico colombiano, aspecto este que será tratado a cabalidad en el capítulo que a continuación se desarrolla.

CAPÍTULO 02.

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN:

Llegados a este punto, es prudente abordar la naturaleza jurídica del control por vía de excepción, centrándonos en premisas estructurales como el control de constitucionalidad por vía de excepción, el control de legalidad por vía de excepción y la naturaleza jurídica del control por vía de excepción; de modo que se pueda entender la forma como se aplica esta institución procesal en el derecho contencioso administrativo, sus efectos, características y finalidades dentro de la actuación procesal como una manifestación de la discrecionalidad de los operadores judiciales para salvaguardar la integridad del orden jurídico imperante en el Estado Social de Derecho colombiano en atención a las prescripciones constitucionales y normativas aplicables al caso.

Partiendo de lo anterior, es factible afirmar que para poder comprender a cabalidad la institución jurídica denominada como control judicial por vía de excepción, ha de tratarse preliminarmente el concepto de discrecionalidad de los jueces; ya que el control judicial por vía de excepción reclama un análisis conjunto de los fines, valores, derechos, deberes y principios que integran el ordenamiento jurídico como para que el administrador permanente de justicia pueda tomar la decisión de inaplicar una norma vigente de forma plenamente justificada, en tanto no bastaría la simple afirmación de que la inaplicación de la norma se hizo con fundamento en salvaguardar una garantía fundamental, sin que de los argumentos que cimentan dicha decisión se pueda constatar tal evento.

Así las cosas, puede anotarse que al concepto de discrecionalidad judicial se aparejan instituciones jurídicas tales como la independencia y autonomía con que los operadores judiciales han de tomar sus decisiones para asegurar la correcta impartición de justicia en Colombia; toda vez que los jueces deben cotejar las prescripciones constitucionales, así como las legales y los principios en que aquellas se inspiran con las realidades sociales, culturales y económicas que imperan en el medio que les circunda, pues aquellos funcionarios tienen que fallar los asuntos contenciosos para acabar con la indeterminación del derecho, dada la detección de puntos ciegos, vacíos y la ineficiencia regulatoria del legislador en algunas materias, debiendo acudir para ello a justificar la *“decisión para impedir la arbitrariedad... el juez está obligado no sólo a señalar cuáles son las normas que aplica sino, también, por qué las interpreta de un determinado modo y cómo llega al resultado que aparece en la decisión...”* (Segura Ortega, 2006, pág. 491).

Consecuente con esta apreciación, es admisible enjuiciar que *“el juez siempre encontrará elementos normativos que justifiquen la toma de una decisión en determinado caso, mostrando con esto que no “crea” sino que reproduce de nuevo el derecho existente, organizándolo y aclarando las zonas de penumbra”* (Echeverry Restrepo, 2011, pág. 214); por lo que hablar de discrecionalidad judicial, aun como resultado del control constitucional y legal por vía de excepción a solicitud de parte o de oficio, no raya con la arbitrariedad o el simple capricho del operador judicial que pretenda acudir a esta institución, en tanto aquella debe encontrar su asidero jurídico en el contenido del texto constitucional.

De la anterior manifestación, es inobjetable que el administrador permanente de justicia debe tener un conocimiento personal y directo del asunto que ha de resolver, así como de los hechos en que se funda y los elementos materiales probatorios que las partes aportan, sustentan y practican dentro del proceso para poder contar con los elementos de convicción necesarios para soportar un fallo en uno u otro sentido o para tomar una decisión de fondo sobre la inaplicación de una norma vigente; de ahí que uno de los principios en los que se edifica la discrecionalidad del juez es el principio de inmediación, pues conforme a esta directriz *“indica que el juez deberá hacer uso de una intermediación efectiva y real de él con las partes, para encontrar la verdad verdadera o verdad real, con el objetivo principal de presentarle rasgos de justicia material a su fallo”* (Carrillo de la Rosa & Bechara Llanos, 2019, pág. 234).

Acorde con lo expuesto hasta este punto, la función de los administradores permanentes de justicia tiene una vital relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano, dado que aquella no se limita a la resolución de asuntos contenciosos en las diferentes especialidades del derecho que imperan en Colombia; sino que se dirige en específico a asegurar la integridad del orden social y la correcta impartición de justicia en la medida que resguardan el respeto de los fines, valores y principios que estatuye la Constitución Política de 1991, al mismo tiempo que procuran el respeto de los procedimientos que han sido regulados en leyes especiales que reglamentan o prescriben las pautas conforme a las cuales se han de regir las interacciones de los particulares.

Es así que la carta política y la propia legislación colombiana, han contemplado unos principios básicos como el de legalidad y el de constitucionalidad de las normas, como para que el Estado pueda ejercer sus facultades legislativas, ejecutivas o judiciales de manera armónica y

sin tropiezos que entorpezcan el normal funcionamiento de la administración pública; acorde con estos dos principios, se han establecido dos paradigmas muy precisos en lo que a las actuaciones administrativas, judiciales, legislativas y de los propios particulares refiere, en tanto existe un deber inobjetable de acatar las directrices que se disponen de manera general en la Constitución Política y así mismo en normas especiales que reglamentan de forma específica estos lineamientos, siempre y cuando su legalidad no haya sido descartada por parte de la Corte Constitucional.

De lo anterior se desprende y se permite observar, que los mandatos legales o constitucionales son susceptible de controles formales, conforme a las pautas que determinaron su entrada en vigencia en el ordenamiento jurídico y aplicación material, respecto del contenido de fondo en el cual se inspira o interpretan sus efectos, motivo por el cual el artículo 04 superior ha indicado que la Constitución es la norma de normas y que toda disposición que vaya en contravía de su contenido será susceptible de ser retirada del ordenamiento jurídico, ya que no es admisible que un mandato vinculante de menor jerarquía llegue a desconocer sus criterios de interpretación, como tampoco es aceptable que se dé aplicación inmediata e irrevocable ciertas disposiciones que puedan afectar derechos fundamentales de los particulares en un caso determinado.

Con lo anterior se quiere indicar que se ha contemplado por parte de la Constitución política un control directo e indirecto de constitucionalidad de las normas que pretendan ser incluidas en el ordenamiento jurídico, al igual que ha sido dispuesto un control de legalidad por parte de la jurisprudencia como para que los jueces unipersonales o colegiados de lo contencioso

administrativo, tengan la oportunidad de constatar de oficio o a petición de parte si una norma en específico es acorde con la norma de normas; esto, en el entendido de que los jueces, como supremos garantes de la constitución y las leyes, son quienes deben velar porque las actuaciones de todos los funcionarios públicos y de los propios particulares en lo que respecta a sus interacciones con la administración, se ajusten a lo reglado por la carta política.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es de aclarar que el control de constitucionalidad y de legalidad que pueden ejercer los administradores de justicia tiene un carácter excepcional, en tanto se parte de la base de que el deber del funcionario se ciñe a la resolución de la controversia que se pone en su conocimiento; sin embargo y como se ha dicho, se admite que los jueces entren a ejercer este papel de garantes del ordenamiento jurídico, al detectar un grosero desconocimiento de las directrices que sienta la constitución para asegurar el normal y adecuado funcionamiento de la administración pública, como se verá a continuación.

2.1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VÍA DE EXCEPCIÓN:

Ha de recordarse que conforme al artículo 04 de la Constitución Política de Colombia ya mencionado, existe un mandato supremo y vinculante que rige en el sistema jurídico colombiano. Partiendo de este presupuesto, las directrices normativas que no guarden consonancia con la carta política son susceptibles de ser desechadas del ordenamiento colombiano o de ser inaplicadas en casos específicos, donde los operadores judiciales evidencien condiciones de hecho y de derecho que tornen plausible tal medida, pues tal facultad excepcional tiene precisamente el condicionamiento de ser eventual y discrecional, más no arbitraria y autónoma.

Así las cosas, el sistema de control de constitucionalidad existente en Colombia tiene matices y características particulares, ya que no ha relegado el control de constitucionalidad al máximo tribunal en materia constitucional que se encuentra habilitado para ejercer funciones en el país, sino que se han concedido facultades a funcionarios de menor jerarquía para actuar de forma ágil en aras de salvaguardar el correcto funcionamiento de la administración de justicia y conservar un orden social ecuánime con los fines, valores y principios que establece la Constitución Política. Por lo anterior, se ha considerado por parte de la doctrina y la jurisprudencia como un sistema *“mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución”* (Sentencia C-122, 2011).

Este control consiste entonces en comparar una ley, decreto, ordenanza o cualquier otro acto, no sólo con la transcripción literal del contenido de la constitución política, sino que se debe comparar con el sentido y espíritu que se interpreta del conjunto de disposiciones de la norma de normas. La manifestación de voluntad de la administración emitida por un funcionario público que resulte ser contraria al compendio normativo, en el entendido de que es incompatible y contradictorio del sentido general que orienta la constitución, debe salir del ordenamiento jurídico o inaplicarse. Por ende, aquellas normas no pueden coexistir ni aplicarse al mismo tiempo, dada la multicitada superioridad jerárquica de una respecto de la otra, por lo que una *“debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición*

tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea” (Sentencia T-614, 1992).

Llegados a este punto, es conveniente dejar en claro que una cosa es la demanda o acción pública de inconstitucionalidad y otra muy diferente es la excepción de inconstitucionalidad, pues la primera es una acción que se impetra directamente por la parte interesada ante la Corte Constitucional o el Consejo de Estado(según el caso), sustentando unos argumentos específicos para indicar conforme a que criterios debe desestimarse la aplicabilidad de una con efectos *erga omnes* y otra es la segunda que se da por vía excepcional, sea que se motive por una de las partes procesales o de oficio por el propio operador judicial que, ha encontrado un motivo de suficiente calado como para disponer que en ese caso específico y con efectos *inter partes* se deje de aplicar una disposición contraria al contenido de la Constitución o la ley, conforme se ha dicho por la Corte Constitucional:

“Al contrario de lo que sucede en la acción de inconstitucionalidad, la ley conserva su eficacia jurídica, es decir, no se anula, y por consiguiente podrá ser aplicada posteriormente, siempre que no se le oponga la excepción de inconstitucionalidad. El objeto de la excepción no es pues la anulación, sino la no aplicación de la ley en el proceso establecido” (Sentencia T-006, 1994).

En consonancia con lo anterior, es prudente indicar que la actuación del funcionario judicial no es completamente discrecional en la medida que aquel debe sustentar en debida forma el motivo y criterio conforme al cual se ha distanciado del espíritu que instruye el texto constitucional o del pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el tema; ya que de no cumplirse con este deber estaríamos en frente *“de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas*

constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta” (Sentencia T-669, 1996).

Visto esto, podemos sintetizar que el control de constitucionalidad en Colombia tiene una variante concentrada y una difusa; concentrada en la medida que cualquier administrado por el Estado puede interponer una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional de Colombia, en contra de una norma que atenta contra el contenido y espíritu de la norma de normas, con la intención de retirar aquella disposición del ordenamiento jurídico, dejando en claro que esta acción puede ser interpuesta por cualquier persona, sea que la misma esté siendo afectada por aquella disposición o no y cuyo conocimiento compete en exclusiva al máximo órgano de control constitucional ya indicado.

Por su parte, la variante de control difuso de constitucionalidad o por vía de excepción, se diferencia claramente de la concentrada en la medida que *“es aplicable al caso concreto y la norma no se retira del ordenamiento sino que se inaplica –”* (Flórez Muñoz, 2010, pág. 100), por lo que cualquier operador judicial puede optar razonadamente por desconocer los efectos de una norma específica dada su contrariedad con los lineamientos que instruye la Constitución Política; no obstante, en este caso se habla de la inaplicación de una norma dada la necesidad en un caso concreto y sólo con efectos *interpartes*, lo que pone de relieve que el control por vía de excepción sólo procede por expresa disposición y justificación de un juez a solicitud de parte o de oficio en un caso puesto a su conocimiento. No se trata entonces de cualquier asunto o que su decisión vaya a tener efectos *erga omnes*.

El control difuso de constitucionalidad o por vía de excepción, se circunscribe en todo caso a la constatación que el operador judicial hace del acto administrativo acusado con respecto al contenido y finalidades de la Constitución Política, la que considerada como la base estructural de ordenamiento jurídico, es la que impone el marco de acción con que cuentan los funcionarios públicos para ejercer sus atribuciones constitucionales y legales; esto, porque dada la actividad que desempeñó la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, la Carta Política resultó en el desarrollo de los fundamentos a partir de los cuales se despliega cualquier tipo de actividad por parte de la administración pública y de los propios administrados.

Lo anterior significa, que el control constitucional con efectos *inter partes*, es un deber y una obligación más que una opción, por cuanto es inadmisibles que el contenido y los efectos esperados de una manifestación de voluntad de la administración se comporte por fuera de los valores y principios que sienta la carta política, esto, aun cuando se considere que tal desconocimiento de las garantías fundamentales de los administrados sólo ocurre en un caso particular; por lo que, si bien el proceder discrecional del administrador de justicia se encuentra edificado bajo criterios de autonomía e independencia, lo cierto es que aquel sigue vinculado a los derechos y garantías fundamentales que le conciernen a los particulares conforme se establece en la Constitución Política, es así que:

“La posibilidad de realizar un control de la constitucionalidad deriva de la concepción de la Constitución como una norma jurídica que produce efectos jurídicos plenos de manera autónoma. Esto implica que sus normas no requieren desarrollo posterior por el órgano legislativo para producir efectos jurídicos. En consecuencia, el cumplimiento de los preceptos constitucionales es obligatorio y, por ende, su trasgresión debe ser sancionada por tratarse de una conducta antijurídica” (Huerta Ochoa, 2003, pág. 931).

La anterior afirmación se torna relevante en la medida que se debe entender que la Constitución Política no es simplemente un conjunto de normas genéricas o instructivas respecto a lo que se espera que el constituyente derivado o los demás poderes integrantes de la administración pública ejerzan; antes bien, el texto constitucional es el planteamiento de todas las aspiraciones de los administrados y de hecho del propio Estado, toda vez que lo allí descrito y las interpretaciones que se puedan desplegar deben ser interpretadas en sentido armónico, incluyente e interdisciplinar, ya que una aplicación sesgada de un articulado constitucional puede conducir al desconocimiento de otra parte el entramado jurídico vigente.

Se considera entonces, que el uso del control constitucional por vía de excepción se muestre como una herramienta *“que puede ser utilizada por las autoridades judiciales y administrativas, o inclusive por un particular que se vea afectado dentro de un proceso por la aplicación de una ley, que en el caso concreto resulte contraria a la Carta”* (Campo Mazabel, 2014, pág. 09); en vista de que existe la ya citada subordinación normativa de los demás pronunciamientos de la administración pública con relación a los contenidos constitucionales, cuyo sentido de interpretación y aplicación ha sido confiado a los enjuiciamientos que al respecto pueda emitir la Corte Constitucional y en algunos casos al Consejo de Estado, pronunciamientos estos que también pueden ser usados como factores discrecionales de los operadores judiciales de menor jerarquía para resolver una controversia que requiera de una actividad hermenéutica que diste del enjuiciamiento comúnmente admitido, pues *“la excepción no requiere de tribunal especial sino que puede ser conocida por tribunales ordinarios”* (Rey Clavijo, 2008, pág. 67).

2.2. CONTROL DE LEGALIDAD POR VÍA DE EXCEPCIÓN:

Un aspecto relevante dentro del concepto del control de legalidad por vía de excepción, compete al resultado que habrá de generar la decisión del juez contencioso administrativo sobre el asunto en particular; por cuanto dicha decisión se dirige a inaplicar los efectos del acto administrativo que desconoce los mandatos dispuestos en un compendio normativo, aunque esta inaplicación se dé netamente en el caso sometido al conocimiento del *“juez a pesar de no haberse declarado su ilegalidad o inconstitucionalidad por el juez competente, lo que permite que en el caso concreto puesto en conocimiento del Juez, el acto que se presume legal y obligatorio no lo sea”* (Gaviria Cardona, 2012, pág. 19).

De este modo, la discrecionalidad del juez contencioso no se muestra como una facultad inexpugnable para que a su capricho pueda apartarse de las ordenes impuestas por el legislador, ya que es claro el deber que surge para el operador judicial de argumentar constitucional, legal y jurisprudencialmente los motivos de hecho y de derecho que le han conducido a inaplicar el precepto normativo señalado; entendiendo que, aunque la excepción de ilegalidad *“no esté expresamente autorizada por la Constitución, en nada se opone a su letra y a su espíritu, pues el acatamiento de la jerarquía normativa el sistema es una inferencia lógica que tácitamente aparece en el articulado fundamental”* (Blanco Zúñiga, 2001, pág. 279).

Conforme al anterior criterio, se hace manifiesto el reconocimiento de que el control de legalidad por vía de excepción no proviene de la Carta Política, sin perjuicio de que la confrontación que se hace compete a dos disposiciones normativas o leyes que se encuentran en un desequilibrio jerárquico; por lo que la postura que debe tomar la parte que requiere la

inaplicación de una ley específica o la decisión que debe tomar el juez contencioso administrativo que ante todo es un juez constitucional, sobre cesar los efectos vinculantes de un mandato de la administración pública en un caso concreto, proviene de la detección de la disonancia entre una y otra, como se puede entender a partir de lo expresado en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y que la Corte Constitucional relaciona en los siguientes términos:

“De la condición jerárquica del sistema jurídico se desprende la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución” (Sentencia C-037, 2000).

En este orden de ideas, es prudente acotar que el control de legalidad por vía de excepción de los actos administrativos no se refiere en sentido estricto a la mera confrontación del mismo con leyes de mayor rango jerárquico, pues el artículo 04 de la Constitución Política de 1991 dispone a la Carta Política como la norma de normas; habilitando a que el control de legalidad se haga a la luz de los preceptos constitucionales, inaplicando el acto administrativo de que se trate al caso concreto, motivo suficiente para que Ortiz Castro puntualice sobre el particular que la inaplicabilidad del acto administrativo por parte del *“juez dentro de un proceso por ser contrario a la Constitución o la Ley. No se declara la nulidad del acto administrativo pues este sigue vigente en el ámbito jurídico, se inaplica con efectos inter-partes en el caso concreto”* (Ortiz Castro, Cúcuta, pág. 07).

Bajo este presupuesto, *“la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior”* (Sentencia C-037, 2000); de este modo, la excepción de ilegalidad es una figura que ha sido creada como una ficción legal derivada del criterio de interpretación sentado por la prevalencia jerárquica de una norma sobre otra, como ocurre con el ya multicitado caso de la superioridad del contenido de la constitución con relación a las demás normas que le contraríen o desconozcan.

Siguiendo la línea y argumentación anterior, la inaplicación de un acto administrativo por vía de la excepción de ilegalidad dista diametralmente de los efectos esperados de la declaratoria de una simple nulidad o una nulidad con restablecimiento del derecho; toda vez que estos medios de control de los actos administrativos buscan sacar del ordenamiento jurídico al acto administrativo demandado, sin que de su declaratoria se pueda inferir la persistencia de la presunción de legalidad o la eventual aplicación de sus efectos a casos diferentes a los que demandan su declaratoria, aclaración que no desconoce que esta acción excepcional y con efectos Inter partes *“se encuentra consagrada en interés general para que prevalezcan la defensa de la constitucionalidad y la legalidad abstracta sobre los actos de la administración de inferior categoría y, por ello, puede ser ejercida en todo tiempo por cualquier persona”* (Mendieta González & Tobón Tobón, 2018, pág. 73), sin perjuicio de reconocer que el juez contencioso puede proceder de forma oficiosa a declarar la ilegalidad del acto administrativo por vía de excepción.

Lo anteriormente manifestado es aplicable porque, si bien el principio de legalidad exige que las manifestaciones de voluntad de la administración pública para comunicarse con sus administrados y así mismo crear, modificar o extinguir derechos, se entiendan como ajustadas a la constitución y a derecho; también es cierto que los actos administrativos no siempre se compadecen con los fines, valores y principios que instruye la carta política o con las garantías fundamentales que se desarrollan por medio de la ley en favor de los particulares, todo ello con miras a propugnar por la justicia social que *“debe mirar si se trata de un buen Derecho. Es decir, aquel que sirve más al hombre que al sistema, aquel que decida entre norma y razón. En este discernir es donde se reconoce la función primordial del juez”* (Molina Betancur, 2002, pág. 70).

Pese a este determinante factor diferencial entre la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad, aquellas coinciden en el hecho de que puede ser invocada dentro del proceso *“en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aún puede ser pronunciada de oficio”* (Radicación N°11001-03-24-000-2010-00001-00, 2018); razón por la que la excepción de ilegalidad se muestra como un instrumento flexible y ágil en lo que a la salvaguarda del ordenamiento jurídico refiere, en la medida que aun con la existencia de instancias y recurso, las partes y más específicamente el juez de instancia puede aplicar su criterio legal y científico bajo su sana crítica sin estar *“atado el juez por los precedentes judiciales ni, en principio, por las órdenes de sus superiores. La aplicación preferente de la Constitución, de otra parte, debe llevarlo a inaplicar las normas jurídicas que sean incompatibles con aquélla”* (Sentencia C-486, 1993).

Este rango de movilidad, libertad, autonomía y discrecionalidad con que cuentan los jueces unipersonales para pronunciarse de manera clara, congruente y de fondo sobre la inaplicación de una norma con fundamento en su disonancia con una norma de superioridad jerárquica, aun en desconocimiento de un precedente jurisprudencial, resulta ser un instrumento valioso para la correcta impartición de justicia; ello, no porque se pretenda insinuar o convalidar la arbitrariedad de los funcionarios judiciales para fallar a su mejor parecer, sino porque dada la exigencia del sustento argumentativo del operador judicial para abstenerse de aplicar dicha norma se está otorgando facultades para tomar decisiones que se compadezcan con la realidad social, cultural y económica de los administrados, como para poder hablar de un sistema de administración de justicia eficiente y racionalizado con el entorno social.

Conforme a ello es prudente decir que, la ley desarrolla a su manera su propio sistema de valores, principios y fines, los que en todo caso se entienden debidamente armonizados con los contenidos instruidos por el texto constitucional; de allí que cuándo un acto administrativo atente contra el contenido de las normas en que se funda y las mismas no hayan sido declaradas inexecutable, tal distanciamiento se entienda como una manifestación implícita de un desconocimiento del contenido constitucional y del orden jerárquico que le es inherente al compendio de normas y actos vinculantes de la administración pública, lo que en todo caso atenta contra la integridad del ordenamiento jurídico y el normal funcionamiento de la administración pública, en tanto aquel mandato que aspira hacerse efectivo lo pretende por fuera de los límites que se erigen como su base fundante, razón suficiente para sostener que:

“la inaplicación por vía de excepción subyace de nuestro sistema jerárquico normativo, en el entendido que si un juez en el estudio de fondo de un asunto que es sometido a su conocimiento, advierte que un acto administrativo que debe aplicar o analizar para que surta efectos en el litigio, es contrario a la Constitución Política de Colombia o a la ley, debe inaplicarlo porque existe una ruptura en la armonía normativa” (Controversias Contractuales, 2017).

Debiendo indicar que si bien la petición de parte o el pronunciamiento de oficio del juez contencioso administrativo, favorable a la inaplicación de una norma o acto administrativo que se funde en el quebrantamiento de la jerarquía existente entre tales manifestaciones de voluntad del Estado, proviene del estudio y observancia de unas circunstancias o condicionamientos específicos del caso al cual se ha de aplicar; no es menos cierto que tal juicio de valor no se limita en exclusiva a los fundamentos de hecho que le soportan, sino que *“es aplicable a él por la incidencia del acto administrativo reglamentario en la litis en tanto se dirige a verificar su validez respecto de la ley reglamentada”* (Saavedra Madrid, 2013, pág. 272).

Lo que en atención al indicado sistema propio de valores normativos jamás podrá entenderse como la existencia de un sistema jurídico apartado de las directrices sentadas por el texto constitucional, pues las leyes se encargan de desarrollar, ampliar o reglamentar los aspectos contenidos en la Constitución Política, más no de modificar, extinguir o variar el sentido de interpretación que se deriva de los postulados de la Carta Política; lo que busca guardar armonía funcional entre los diferentes niveles de la administración y en la forma como los particulares interactúan entre ellos y con los funcionarios que detentan el poder público.

Por lo anterior, el control discrecional y excepcional de legalidad se muestra como una herramienta indispensable para que se pueda hablar de un verdadero acceso a la administración

de justicia por parte de los administrados, en tanto es claro que el conocimiento directo, oportuno y con intermediación de las pruebas que se da por parte del juez de conocimiento en lo contencioso administrativo; le permitan avizorar de forma ágil y próxima a los intereses de los administrados, la necesidad de dejar desprovista de sus efectos vinculantes en un caso particular a una decisión de la administración pública que se ha emitido por fuera de las facultades que les aprovisiona el mismo ordenamiento jurídico.

Se complementa entonces de que la excepción de ilegalidad sea una herramienta oportuna para que los particulares participen de forma efectiva en los asuntos que los afectan, promoviendo la salvaguarda de sus propios intereses y de hecho, los de la propia administración de justicia; ya que se ha puesto de relieve que el escenario necesario para que se la materialice la excepción de ilegalidad, es en todo caso evidencia de un comportamiento institucional que contraviene los valores fundantes del propio Estado colombiano, el que una vez resuelto vuelve a la administración pública a su normal estado de funcionamiento y sin generar mayores consecuencias la inaplicación de la norma en un caso particular que ha reclamado tal proceder, a partir de lo cual se ha dilucidado que el principio de legalidad:

“es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base es la Constitución, se integra además con la variedad de actos regla, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales de que han sido investidos formal, funcional o materialmente” (Sentencia C-513, 1994).

Por ello, la excepción de ilegalidad es de vital importancia para el ordenamiento jurídico, en tanto la misma se exhibe como un instrumento para el readecuar el normal funcionamiento de

la administración pública y restablecer los derechos que le conciernen a los administrados que pretenden acudir al mecanismo procesal directamente o que resultan favorecidos por la determinación unilateral del juez de instancia; todo esto, bajo el entendimiento de que si bien los actos jurídicos de la administración gozan de la presunción de legalidad, que implica que *“mientras no sean anulados por la autoridad competente, deberán ser obedecidos y acatados por los particulares y las autoridades (art. 6º de la C.P.)... esta presunción no es absoluta y no puede serlo”* (Zuluaga Gil, 2003, pág. 165).

2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN:

Es indiscutible que tanto el control de constitucionalidad como el de legalidad por vía de excepción son herramientas jurídicas que, provistas en favor de las partes procesales e inclusive en cabeza del juez contencioso, quien también se encuentra legítimamente habilitado para hacer uso discrecional de la misma; fungen el papel de asegurar la protección del ordenamiento jurídico y garantizar la integridad de las directrices sustanciales y procedimentales que regulan las interacciones de los particulares con la administración, de modo que la inaplicación de los efectos de un acto administrativo por la inconstitucionalidad o ilegalidad de su contenido, obedecen a principios como la seguridad jurídica y la prevalencia de los derechos fundamentales de quienes se vean afectados por decisiones arbitrarias de la administración.

La Inaplicación del acto administrativo, como ya se ha dicho, surge por la confrontación de este con respecto a la supremacía jerárquica de las disposiciones constitucionales o legales que se muestran en el ordenamiento jurídico colombiano. Los postulados constitucionales siendo derrotero, faro y orientación de las normas de inferior jerarquía no son cláusulas pétreas, sino

que en la expedición de leyes y demás normatividad vinculante, deben variar y adaptarse a las necesidades y reclamos de los administrados; quienes a partir de exámenes interpretativos y argumentativos responsables pueden llevar al convencimiento del juez contencioso administrativo que un acto administrativo acusado, debe ser inaplicado sólo en su particular caso, dado el alejamiento de esta manifestación de voluntad de la administración con respecto a las finalidades constitucionales y legales en que se funda. Lo que en palabras de la Corte Constitucional se explica así:

“Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello” (Sentencia C-600, 1998).

Siguiendo la anterior interpretación y sentido, no se puede ignorar que la excepción de constitucionalidad o de ilegalidad en el derecho contencioso administrativo no busca que el juez individual o colegiadamente considerado ejerza atribuciones de juez constitucional de forma disimulada; lo anterior significa, que el juez que inaplique un acto administrativo por inconstitucional o ilegal jamás lo hará de modo tal que se pueda atribuirse facultades de interpretación o decisión que le correspondan de forma exclusiva a la Corte Constitucional, pues la decisión de inaplicar un acto administrativo fruto de alguno de estos dos presupuestos debe ser guiado por tratar de conservar la integridad del ordenamiento jurídico, incluyendo desde luego *“la Constitución, y de concluir que la aplicación de la ley conllevaría resultados contrarios al*

querer de la Carta Política, es su deber inaplicar la ley y aplicar la Constitución para la solución del caso concreto” (Sentencia T-049, 2002).

En este punto es plausible indicar que, la naturaleza del control judicial por vía de excepción sea que se trate de constitucionalidad o de legalidad, obedece a la salvaguarda de disposiciones superiores y derechos inalienables contenidos en normas de mayor estirpe, como sería el caso de una ley estatutaria en comparación con el contenido de una ley ordinaria; debiendo anotar que la excepción de inconstitucionalidad se encuentra contenida en el artículo 215 de la Constitución y la excepción de ilegalidad en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 que establece que las órdenes y demás actos del gobierno expedidos *“en ejercicio de la potestad reglamentaria, serán aplicados mientras no sean contrarios a las leyes, son un recurso admirable para enervar la ejecución de actos administrativos inconstitucionales o ilegales, cuando esa ejecución lesiona derechos protegidos por esas normas superiores”* (Expediente N°627, 1960).

Visto lo precedente, el valor preponderante de la excepción de inconstitucionalidad radica precisamente en el hecho de que se entendió por parte de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente que debían estatuirse principios fundamentales inexpugnables y en torno a los cuales gira la armonía e integración de las decisiones y necesidades de los administrados y de la administración; razón por la que se ha reiterado que los valores constitucionales cuentan con eficacia normativa superior a la de cualquier otra *“norma y que, por tanto, es obligatorio que cualquier operador jurídico emplee las disposiciones superiores directamente, bien sea*

cuando no exista regla legal aplicable al caso o cuando se detecte una incompatibilidad entre esta y el texto constitucional” (Radicación N°11001-03-28-000-2014-00112-00, 2017).

En sentido de interpretación complementaria podemos informar, que esta excepción procede como último recurso de la parte procesal interesada o del propio juez contencioso para restituir el daño antijurídico que se ha irrogado a la parte directamente implicada; por lo que la excepción de inaplicación por inconstitucionalidad *“surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto”* (Sentencia T-103, 2010), ya que la situación que se estime debe ser de tal gravedad o de tan palmaria detección de la transgresión de la norma superior que de no acudir al mecanismo excepcional se puede afectar en mayor medida el derecho que ya se ha socavado, por lo que la Corte Constitucional ha reiterado en varias oportunidades, por ejemplo, a través de la (Sentencia C-069, 1995) que:

“cuando de manera palmaria, ellas quebrantan los ordenamientos constitucionales, con fundamento en la supremacía constitucional, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones” (Sentencia C-069, 1995).

Conforme a lo transcrito se ha dicho, que aunque la excepción de inconstitucionalidad no es propiamente una acción de inconstitucionalidad, entendida como pretensión única de la declaratoria de inexecutable de una norma, la misma si debe fundarse en un juicio de constitucionalidad por parte del funcionario encargado para perfilar la existencia de la norma

ordinaria con la norma fundamental; teniendo en cuenta desde luego que no se puede convertir en un recurso o en una instancia por cuanto esa figura jurídica sólo puede producirse en un supuesto jurídico concreto, bajo un caso específico exclusivo de las personas involucradas, al notar que sus efectos siempre serán inter partes *“o se circunscriben a quienes tienen interés en el caso, y no afectan la vigencia general de la norma inaplicada, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata”* (Radicación N°25000-23-24-000-1997-08997-01(35475), 2017).

Manifestado lo anterior, se hace palmario que el Estado Social de Derecho y la evolución normativa establecida, al igual que la jurisprudencia que se ha emitido en materia constitucional desde su entrada en vigencia en 1991, ha traído consecuencias positivas para los administrados por del Estado colombiano; en tanto se ha otorgado gran relevancia a la discrecionalidad con que los operadores judiciales de menor orden jerárquico pueden actuar en aras de la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas y de la integridad del ordenamiento jurídico, pues el control de constitucionalidad y de legalidad no se reserva a las altas corporaciones, sino que como se ha visto también puede ser ejercido por estos operadores judiciales dadas las características y necesidades propias del asunto contencioso que le exhiben las partes procesales en un caso determinado.

Descrito este panorama, se puede indicar que se ha cumplido cabalmente con otro objetivo que se ha propuesto en el marco de esta investigación, ya que se ha descrito como el control judicial por vía de excepción obedece a un control de constitucionalidad y de legalidad de los actos administrativos de vital importancia para la integridad del ordenamiento jurídico, sin

perjuicio de que el mismo tenga una naturaleza eminentemente subsidiaria ya que se desprende de un control eventual promovido por la parte procesal o bien por el juez competente; es decir, que el control por vía de excepción se deriva o surge manifiesta su declaratoria del estudio de la prosperidad de las pretensiones de otro medio de control de los actos administrativos contemplados en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, por lo que la pretensión principal de la cual proviene no es necesariamente la de declarar alguno de estos dos eventos, en tanto si así fuera nos encontraríamos en el escenario de otro medio de control como lo son la simple nulidad, la nulidad con restablecimiento de derechos o la nulidad electoral.

Dicho de otro modo, ya que la excepción es precisamente una alternativa que se postula como el último recurso para solucionar, resolver o enmendar los inconvenientes ocasionados por una manifestación de voluntad de la administración generadora de un atentado contra la integridad del ordenamiento jurídico; dicha opción no puede constituirse en la primera opción a la que deba recurrirse para resolver tal situación, ni mucho menos ha de contemplarse como la pretensión toral de un medio de control, toda vez que el mismo procede de manera subsidiaria ante la imposibilidad de atender dicha situación a través del medio de control predilectamente escogido.

CAPÍTULO 03.

ALCANCE DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL AL MOMENTO DE REALIZAR EL CONTROL JUDICIAL POR VÍA DE EXCEPCIÓN DE OFICIO O PETICIÓN DE PARTE PARA INAPLICAR ACTOS ADMINISTRATIVOS:

En este acápite nos enfocaremos en estudiar el alcance de la discrecionalidad del juez al momento de realizar el control judicial por vía de excepción de oficio o a petición de parte para inaplicar actos administrativos; todo ello con la intención de dilucidar el margen de movilidad con que cuenta el operador judicial al momento de optar por el desconocimiento e inaplicación de un precepto normativo plenamente ajustado al caso concreto, esto, dadas las características propias del asunto *sub examine* y la necesidad de variar el uso del precedente judicial para lograr la correcta impartición de justicia sin detrimento de la integridad del ordenamiento jurídico.

Con todo, es prudente de recordar que los jueces unipersonales o colegiados en lo contencioso administrativo son ante todo jueces constitucionales, entendiendo por tal denominación el carácter de protectores de la integridad del ordenamiento jurídico y de garantes del cumplimiento de los fines, valores y principios que se desprenden para el Estado colombiano a partir del articulado constitucional; por lo que se habla del juez constitucional “*como un juez especial, no solo en el contexto de la justicia constitucional colombiana, sino en toda la construcción del sistema jurídico colombiano, en clave de Estado Constitucional de derecho*” (Bechara Llanos, 2015, pág. 63).

Lo anterior significa que más allá de comportarse como un vigilante pétreo de las prescripciones constitucionales, aquel operador judicial debe ocuparse de ejercitar labores interpretativas dinámicas y armónicas de los criterios de orientación que surgen para la administración pública a raíz de la norma de normas; lo que le otorga a su vez un margen de discrecionalidad para amoldar sus decisiones a las situaciones de hecho y de derecho que se le presentan conforme al ejercicio de sus competencias constitucionales, esto es, expedir fallos que en observancia de los lineamientos constitucionales y legales, se ocupen de administrar justicia de forma que la forma no se superponga a los aspectos sustanciales y *ius* fundamentales que rigen la actividad de administrar justicia.

Sin perjuicio de lo cual se ha señalado que *“la facultad discrecional no es absoluta ni ilimitada, pues de serlo, se quebrantaría el principio rector de la legalidad de los actos, pilar de nuestro Estado de derecho”* (Murillo Mena, 2014, pág. 44); de manera que la actividad decisional y hermenéutica de los administradores permanentes de justicia, si bien no se encuentra estrictamente condicionada por un derrotero o un listado de decisiones que asumen como admisibles o correctas a la hora de fallar en derecho, lo cierto es que aquellos fallos tampoco se encuentran librados en estricto sentido al parecer con el que el funcionario judicial pretenda atender los casos puestos a su conocimiento.

Lo que aparejado al reconocimiento de la propia discrecionalidad con que cuentan los demás funcionarios ligados a la administración pública, para que en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales puedan actuar con autonomía e independencia en aras de la efectividad, celeridad y eficacia de la actuación administrativa, no sea un impedimento para el

debido control que ha de ejercerse sobre todas y cada una de las actuaciones de los servidores públicos o de quienes ejercen funciones públicas de manera transitoria; pues si bien ya se ha mencionado en diferentes oportunidades la presunción de legalidad de las manifestaciones de voluntad de la administración y la discrecionalidad de sus agentes para actuar conforme a ellas, no es menos cierto que ningún acto es ajeno al control de constitucionalidad y de legalidad, sobre este tópico se ha afirmado que:

“En principio, en nuestra legislación, ningún acto de la Administración se encuentra libre de control de legalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa, debido a que, discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad. Cualquier proceso de interpretación de la legalidad de un acto nacido del ejercicio de potestades discrecionales implica en primera instancia un acercamiento del mismo para con el bloque de legalidad; por lo tanto, involucra un análisis de necesaria consideración causal, que requiere una interpretación con referencia al ordenamiento jurídico que esa debe observar y aplicar” (Murillo Mena, 2014, pág. 44).

Estos parámetros buscan arraigar en los fallos de instancia la denominada seguridad jurídica, en tanto los particulares y las propias entidades de derecho público anhelan contar con un panorama más o menos preciso en lo que a la forma de aplicar el derecho refiere, por lo que a la discrecionalidad del juez se añade el uso de máximas de la experiencia, precedentes jurisprudenciales y reglas de la sana crítica que se encaminan al cumplimiento de *“un propósito claro: la homogeneización en la aplicación del derecho; que el caso particular sea juzgado a partir de las mismas consideraciones y dentro de los mismos preceptos respecto de otros análogos, aun tratándose de casos difíciles”* (Martínez Salcedo, 2015, pág. 25).

Lo anterior no discrepa para reiterar que en ciertos casos y bajo ciertos condicionamientos de hecho y de derecho, se le haga exigible al funcionario judicial apartarse de

los parámetros anteriormente indicados para fallar de una forma totalmente diferente a la tradicional o usualmente acostumbrada y aun así, se continúe preservando la integridad del ordenamiento jurídico; sin que de ello se pueda afincar la idea de un descabellado uso de los poderes vinculantes y discrecionales que le asisten, por cuanto de un estudio responsable de los criterios jurídicos, prácticos y argumentativas en que dicho funcionario judicial se ampara, así permiten intuirlo, criterio suficiente para replicar que:

“La potestad discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto” (Loor Morales, 2015, pág. 53).

Es admisible enjuiciar de las anteriores citas, que la actividad de control de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos expedidos por la administración pública repose en cabeza de los jueces, ya que conforme a los artículos 228 y 229 de la Constitución Política son los encargados de administrar justicia, actividad esta que reclama el conocimiento, análisis, ponderación y resolución de los asuntos puestos a su cargo por las partes que recurren al trámite procesal para que estos terceros supra ordenados analicen los particulares condicionamientos de cada caso en concreto, en aras de *“determinar si efectivamente se encuentra frente a un dictado en ejercicio de una potestad discrecional típica y, por tanto, excluida de revisión judicial o si, por el contrario, existen otros elementos en la actuación administrativa que puedan ser justiciables”* (Marcheco Acuña, 2009, pág. 63).

Por las anteriores razones, es claro que la discrecionalidad de los operadores judiciales al momento de decidir sobre la constitucionalidad o legalidad de los actos administrativos es de vital importancia para el ordenamiento jurídico; en la medida que aquellos funcionarios judiciales cuentan con poderes para interpretar la norma y aplicar la misma de manera que su uso no conlleve al desconocimiento de los derechos que le conciernen a los administrados, de ahí que *"los amplios poderes de creación del Derecho que posee el juez administrativo le permiten integrar en la legalidad, al formular una regla de derecho nueva, numerosos elementos que se refieren a la oportunidad del acto"* (Vedel & Delvolvé, 1992).

De esta manera, la actividad de los jueces individual o colegiadamente considerados no se muestra como una despótica manifestación de la arbitrariedad de aquellos, pues es claro que la Constitución y la Ley obran como pretilos para el ejercicio de la actividad jurisdiccional que les ha sido conferida; por lo que en momento alguno se puede considerar que la potestad para ejercitar un control por vía excepcional de la constitucionalidad o legalidad de un acto administrativo, implica de suyo la transgresión de las funciones designadas al ejecutivo por virtud de la carta política o que en momento alguno ello puede conllevar a una subordinación de los funcionarios administrativos respecto de los judiciales, en vista de que *"los jueces suelen autolimitarse y practican un control mínimo sin sustituir, en principio y como regla general, los aspectos que consideran puros juicios de oportunidad que lleva a cabo la Administración"* (Cassagne, 2009, pág. 87).

Llegados a este punto, es claro que la excepción de inconstitucionalidad que pueden auspiciar los operadores judiciales que forman parte de la jurisdicción contenciosa administrativa

de oficio o a petición de parte en un caso concreto, tiene su fundamento en el artículo 04 de la Constitución Política de 1991 que consagra a la Carta Política como norma de normas; a esta actividad de los jueces se le denomina como control difuso de constitucionalidad, ya que es un poder derivado y si se quiere, delegado de la máxima autoridad en materia constitucional en Colombia, como lo es la Corte Constitucional, todo ello en aras de dinamizar la actividad de los operadores judiciales y facilitar el acceso de los particulares, así como de las propias entidades del Estado a la administración de justicia y sus derechos fundamentales de forma ágil y próxima a los administrados.

Por su parte, la excepción de ilegalidad que puede ser propuesta por los jueces administrativos tiene su asidero en los pronunciamientos de las altas corporaciones jurisdiccionales, pues aunque el mismo no está previsto *“expresamente en la Constitución está perfectamente autorizada sobre la base de esta concepción sistemática y jerárquica del ordenamiento jurídico nacional”* (Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650), 2011); dicho de otro modo, dado que la ley goza de una presunción de constitucionalidad en tanto aquella no haya sido condicionada o declarada inexecutable, la misma se entiende ajustada a los parámetros determinados en el texto constitucional y en el mismo sentido se entiende como un parámetro para interpretar, aplicar o inaplicar las disposiciones superiores a un caso concreto, máxime si se invoca como medio destinado a la protección de un derecho o una garantía fundamental.

En este sentido, la excepción de ilegalidad es una muestra de la realización del principio de legalidad y del mismo modo la excepción de inconstitucionalidad lo es del principio de

constitucionalidad, por lo que no puede confundirse la aplicación de la justicia y el derecho con la mera contrastación lapidaria de un caso con los presupuestos constitucionales y legales aplicables; es decir que, el neoconstitucionalismo ha permitido entender que el derecho es cambiante y que en aras de asegurar la vigencia de un orden social justo, al igual que la integridad del ordenamiento jurídico por virtud del cual pretende alcanzarse este fin debe admitirse que los operadores judiciales inapliquen normas que bajo circunstancias específicas afectarían el derecho que pretende resguardarse por medio del proceso judicial.

Por ello, tanto la constitución como la ley deben ser entendidas y aplicadas a partir de los principios, fines y valores que las orientan, atendiendo desde luego a la dignidad humana y los especiales condicionamientos existentes en el caso *sub examine*, por lo que el juicio que al respecto emita el juez, aun para inaplicar una norma específica, puede encontrar su validez en los propios presupuestos que permiten optimizar el ordenamiento jurídico; toda vez que tanto la excepción de inconstitucionalidad y *“la excepción de ilegalidad al comprobar los límites particulares de los actos administrativos en ejercicio de la potestad reglamentaria debe considerar los criterios materiales de validez que, en el neoconstitucionalismo, tienen la condición de suficiencia de validez jurídica”* (Saavedra Madrid, La Excepción de Ilegalidad y la Validez, 2012, pág. 98).

Por lo anterior, aquellos operadores judiciales son los directamente encargados de conocer las controversias que se suscitan con respecto a las actuaciones de los funcionarios que integran y ejercitan la función de la administración pública, lo que de suyo trae aparejada la necesidad de ejercer un control más exhaustivo en aras de constatar si los funcionarios públicos

acatan a cabalidad los fines, valores y principios que orienta el texto constitucional y lo reglado por leyes en una materia específica como garantes de la integridad del ordenamiento jurídico. En palabra de Ortega Ruíz se expresa lo siguiente: *“reserva a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por ser esta la jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa, pues de no ser así se afectaría la seguridad y efectividad del orden jurídico”* (Ortega Ruiz, 2018, pág. 148).

De ahí que el ejercicio del control de constitucionalidad y de legalidad por vía de excepción a cargo del juez contencioso administrativo reporte la salvaguarda del ordenamiento jurídico, su integridad y más importante aún, la protección de los derechos y garantías fundamentales de los administrados, Este control difuso le impone irrestrictamente las limitantes que instruye la carta política y que fueran debidamente ampliadas mediante una disposición normativa; restricciones estas que como ya se dijo, versan sobre los derechos y garantías concernientes a la dignidad de los administrados, por lo que el alcance de las decisiones judiciales no pueden exceder los criterios de interpretación dispuestos por el constituyente primario y el legislador, en modo tal que desproporcione el derecho y promulgue una decisión que se entienda como la creación de un nuevo fragmento del ordenamiento jurídico. En juicio de (Ochoa, 2010), el control por vía de excepción por parte del juez se materializa:

“teniendo en cuenta la Constitución y la protección de los derechos, obligándose a realizar un juicio previo de constitucionalidad de la ley que va a aplicar; además debe ejecutar una función creadora del derecho, motivando fórmulas de solución innovadoras capaces de solucionar con eficacia la problemática del entorno, analizando el sentido, el alcance y la finalidad de la norma, integrando ingredientes aportados por la ley, pero admitidos por el juez, como la preponderancia de un derecho vivo, los derechos e intereses individuales y su

protección inmediata, la realidad sociológica, el verdadero espíritu de la constitución por mencionar otros” (Ochoa, 2010, pág. 187).

Así las cosas, se evidencia que el medio de control de los actos administrativos de que trata el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 es discrecional y exclusivo del resorte de los jueces de lo contencioso administrativo, dado que este es el mandato que para el efecto ha destinado pertinente el legislador colombiano en esta norma especial; de este modo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha instaurado en el ordenamiento jurídico colombiano una institución procesal que confiere un margen de discrecionalidad considerable a los jueces de la república en esta área del derecho, ya que con sustento en presupuestos de hecho y de derecho debidamente sopesados y argumentados puede inaplicar un acto administrativo que confronta una norma constitucional o legal a una situación específica, lo que desde luego no puede confundirse con arbitrariedad para aplicar el derecho y la Constitución Política en su peculiar parecer.

En suma, se ha podido cumplir con el objetivo de determinar el alcance de la discrecionalidad judicial para aplicar el control de constitucionalidad o legalidad por vía de excepción, toda vez que se ha establecido que el mismo se encuentra estrictamente regido por los fines, valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho; esto es, el control judicial por vía de excepción surge como una manifestación inherente a la función de administrar justicia, ya que los jueces contemporáneos no se muestran como meros voceros o aplicadores lapidarios de los contenidos normativos, sino que resultan ser dinamizadores de las prescripciones contenidas en el texto constitucional, lo que en todo caso se aplica de forma residual y subsidiaria, más no como regla general.

En vista de que, el proceder judicial direccionado a cesar los efectos de normas constitucionales o legales vigentes y cuya constitucionalidad o legalidad no ha sido puesta en entere dicho ante las altas corporaciones judiciales, sólo en un caso concreto conforme a los especiales parámetros que condicionan el asunto *sub examine*; es una labor que bien a petición de parte o de oficio, se encuentra válidamente fundada en tanto la parte el juez de conocimiento haga un esfuerzo hermenéutico diametralmente importante para motivar en debida forma la certeza, necesidad y si se quiere lo irremediable de tomar esta acción extraordinaria para poder restablecer el equilibrio en las cargas públicas que se han visto afectadas en el caso concreto.

Lo anterior es procedente y aplicable correctamente, en tanto del cotejo de las leyes con normas de mayor jerarquía o de las propias normas con el contenido fundacional en el que se inspira el texto constitucional, son la guía de la actividad de los funcionarios públicos, y el juez contencioso respecto de los actos que expiden estos, es el garante y/o vigilante en un caso determinado puesto a su conocimiento, el custodio y obligado para poder inaplicar un acto de la administración, dado el control judicial por vía de excepción en razón de la ilegalidad o inconstitucionalidad de este a un caso concreto; es precisamente la forma en que la discrecionalidad de los jueces obra para proteger los derechos fundamentales de los administrados y la integridad del ordenamiento jurídico, ya que se dinamizan y hacen más adecuados los fallos de instancia al sacar del ordenamiento jurídico actos administrativos que contravienen los bienes que se pretenden tutelar a los particulares y a las propias instituciones del Estado a través de la administración de justicia.

Finalmente, para cumplir con el objetivo de establecer si el control judicial por vía de excepción puede predicarse de manera autónoma como un medio de control o si el mismo es subsidiario al depender del inicio de otra actuación judicial (medio de control); la respuesta al cuestionamiento se debe aclarar y precisar, teniéndose en cuenta el espíritu de lo normado por el legislador al momento de establecer, en los artículos del 135 hasta el 148 del título III del CPACA, la configuración de lo que denominó como “medios de control judicial” con los que cuentan los demandantes para presentar sus reclamos a la autoridad judicial. Adicional a ello, en el título mencionado de la ley, se estableció el derrotero, el encause y/o guion que deberá tomar el operador judicial con miras al realizar el estudio correspondiente para proferir el auto admisorio del medio de control o la providencia judicial que dé inicio y enlace la litis, y, posterior a ello, dar solución del conflicto presentado, esto es, emitir una decisión judicial que ponga fin a la correspondiente instancia.

En otras palabras, el juez no podrá negarse a estudiar un oportuno medio de control propuesto; éste (el juez), si así lo considera, solicitará a la parte demandante que ajuste su demanda, corrija sus pretensiones, aclare los hechos, entre otras manifestaciones por el sugeridas, y así podrá el operador variar o adecuar el medio de control propuesto; por ejemplo, el demandante solicita una nulidad y restablecimiento del derecho de una discusión contractual o por que pretende la declaración de nulidad de un acto que adjudicó un contrato estatal, y el juez, varía el medio de control propuesto, convirtiéndolo en una controversia contractual, pero sin dejar de estudiar el tema que ha sido llevado a su conocimiento, es decir, sin negarse a estudiar el asunto y los actos administrativos que ha sido llevados a control judicial. Aunque no es objeto de estudio, debemos recordar que en la actualidad los artículos o medios de control referenciados

del art. 135 hasta el 147 del CPACA, no son los únicos medios que existen, pues para citar algunos, también encontramos normas especiales y/o las denominadas acciones constitucionales que poseen norma especial, y que también son dentro de su especialidad, medios de control judicial o las equivocadamente denominadas acciones judiciales.

Así las cosas, se puede concluir frente al establecimiento del carácter principal o subsidiario del control judicial por vía de excepción que, aquel es un medio de control accesorio o subsidiario en la medida que el mismo requiere del inicio de otro medio de control principal para que se pueda dar aplicación al mismo; en tanto la determinación de la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto administrativo que el juez contencioso efectúa de oficio o a petición de parte surge de la ponderación de los elementos de juicio que se le han puesto de manifiesto a través de los medios de conocimiento que se dirijan a sustentar o demostrar las pretensiones de otro medio de control.

Esto es así, porque el medio de control contenido en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, es una atribución excepcional o por fuera del marco de la generalidad de las pretensiones a que aspiran demostrar las partes procesales para dejar sin efectos o validez el contenido de un acto administrativo; en tanto la verificación o constatación de la congruencia del contenido del acto administrativo que se reprocha, con los fines, valores, principios y el espíritu del texto constitucional o de las propias normas en que se funda, es un ejercicio reservado para los operadores judiciales que se encuentran en el escenario de un acontecimiento procesal que reclama la inaplicación de las normas imperantes en un caso concreto, sin que aquellas dejen de regir para los demás administrados, conforme a finalidades superiores del ordenamiento jurídico.

Además, queda claro que i) la competencia para aplicarlo es especializada, por cuanto sólo puede ser estudiada y decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al mismo tiempo ii) se puede acotar que el mismo se utiliza con el fin de inaplicar actos administrativos, tanto de carácter general como de contenido particular y concreto i; sin dejar de lado que ii) cuenta con una legitimación con mixtura, toda vez que se pueden presentar los siguientes eventos o propuestas: puede ser solicitada por la parte demandante en las pretensiones de la demanda; puede proponerse como excepción por la parte demandada, y finalmente puede ser declarada oficiosamente por el juez; al cabo que iv) la solicitud de inaplicar un acto administrativo podrá darse o aplicarse, pero solo surtirá efectos en el asunto que se estudia; v) la solicitud hecha de inaplicar un acto de la administración o la declaración oficiosa hecha por el juez contencioso procederá solo de manera subsidiaria, pues si se declara la nulidad del acto acusado, ya no tendría operación esta excepción en el caso en estudio; vi) en su aplicación se desarrolla el principio constitucional consagrado en el artículo 4° de la constitución política y el de legalidad y finalmente vii) una vez declarada la inaplicación del acto administrativo, solo tiene efectos Inter partes.

Judicialmente, se encuentra en nuestro sistema que, los demandantes han hecho uso de este control por vía de excepción; sin embargo, el juez especializado en la materia (contencioso administrativo) ha estado atento y presto a dar su aplicación o para negar las solicitudes realizadas por improcedentes, toda vez que, como se reitera, este control no es autónomo en sí, sino que se podrá aplicar teniéndose en cuenta las consideraciones y pautas anteriormente descritas. Vemos por ejempló, como el Tribunal administrativo del Chocó, a través del auto

interlocutorio del 04 de septiembre de 2017, en donde el apoderado de la parte demandante, había solicitado en las pretensiones de la demanda el control por vía de excepción, le solicita a la magistrada ponente, se pronunciara sobre una adición al auto admisorio de la demanda, en la cual pide su pronunciamiento y adición con respecto a lo estipulado en el artículo 148 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. En la parte motiva del auto en cita, procede el despacho a dar claridad al actor en cuanto a que, este se somete al momento de decidir de fondo el asunto y explicarle lo que en los numerales atrás descritos le revelan el momento en que la figura procede. La magistrada ponente motiva la decisión informándole a la parte interesada lo siguiente: *“Con lo expuesto, resta decir que la inaplicación por vía de excepción subyace de nuestro sistema jerárquico normativo, en el entendido que si un juez en el estudio de fondo de un asunto que es sometido a su conocimiento, advierte que un acto administrativo que debe aplicar o analizar para que surta efectos en el litigio, es contrario a la Constitución Política de Colombia o a la ley, debe inaplicarlo porque existe una ruptura en la armonía normativa. Ello convierte este medio de control en un contrapeso a la presunción de legalidad que cobija los actos administrativos que no son objeto de análisis de legalidad en el caso concreto”*. (Auto del 04 de septiembre de dos mil diecisiete, 2017).

CONCLUSIONES:

Lo expuesto permite alcanzar el siguiente entendimiento. Si bien el control de constitucionalidad y de legalidad son dos instituciones marcadamente diferenciadas en la medida que, la primera se remite a la contrastación entre un acto administrativo una ley o cualquier manifestación de voluntad de un órgano del Estado con lo directamente contemplado o lo expresado por el constituyente primario en el texto de la constitución política; mientras que la segunda se ocupa de cotejar las manifestaciones de voluntad de las entidades públicas (actos administrativos) con respecto a las leyes o disposiciones vinculantes a las que se les ha atribuido la fuerza coercitiva de una norma, lo cierto es que ambas propugnan en su conjunto por salvaguardar la integridad del ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anterior, al posibilitar la inaplicación de los efectos esperados de un acto administrativo, con efectos *inter partes*, en tanto se ponga en evidencia que dicha manifestación de voluntad de la administración se aleja de los fines, valores y principios en los que se funda el Estado Social de Derecho, al contrariar el contenido del texto constitucional o inclusive en los eventos dónde dicha contrariedad se suscite entre dos norma de igual o diferente rango jerárquico; condicionando el uso de este control excepcional como un mecanismo residual para la protección de los derechos de quienes se puedan ver afectados por un daño antijurídico que

provenga de una actuación de una autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

Debe quedar claro, que la inaplicación de un acto administrativo sea por medio del control de constitucionalidad o de ilegalidad por vía de excepción, sólo afectara a las partes involucradas en el asunto en que específicamente se ha acreditado la necesidad, proporcionalidad y justeza de cesar los efectos vinculantes de esta manifestación de voluntad de la administración, queriendo decir lo anterior, que el acto administrativo atacado seguirá generando sus efectos vinculantes frente a terceros y no así respecto a la parte que haya sido favorecida por la declaratoria de la inconstitucionalidad o ilegalidad excepcional.

En este sentido, a dejarse en claro que si bien pareciera que el control judicial por vía de excepción (del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011) se limita a los casos en que las partes recurran directamente a este medio, lo cierto es que es subsidiario, pero que, de acuerdo la facultad discrecional del juez y de su control de legalidad en cada proceso para decretar la misma por fuera de lo pedido o contemplado dentro de las pretensiones procesales de las partes, le confieren al operador judicial un amplio margen de acción dentro del proceso, y que podrán éstos a hacer uso de esta facultad extraordinaria, aun en los casos dónde la figura procesal recurrida revista las pretensiones relativas a los demás medios de control contemplados por el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Se desprende entonces; aun cuando las partes procesales busquen el reconocimiento y posterior declaración de una nulidad simple (Art. 137), una nulidad con restablecimiento del

derecho (Art. 138), Nulidad electoral (Art. 139), reparación directa (Art. 140), controversias contractuales (Art. 141), repetición (Art. 142), pérdida de investidura (Art. 143), Protección de los derechos e intereses colectivos (Art. 144) y los demás medios de control concebidos en la Ley 1437 de 2011, tal escenario no será un impedimento para que el juez de lo contencioso administrativo que (ante todo es juez constitucional) una vez perciba la contrariedad de que un acto administrativo representa en contra el contenido y ánimo de la constitución política o en contra de los normas de orden legal en que ha de fundarse, pueda hacer uso de sus facultades discrecionales para decretar de oficio el control de constitucionalidad o de legalidad por vía de excepción.

Conforme a lo anterior es plausible afirmar con razón suficiente que, si bien el poder de discrecionalidad del juez contencioso administrativo en la materia se muestra como una facultad amplia y contundente para frenar las manifestaciones de voluntad del Estado que contraríen el ordenamiento jurídico, lo cierto es que la misma no es arbitraria, ni omnipotente; toda vez que, el administrador permanente de justicia se encuentra claramente condicionado por los fines, valores y principios en los que se inspira la carta política y la ley, los que de acuerdo con el texto constitucional y las normas que desarrollen el ejercicio de las facultades mencionadas en la carta política, en conjunto con los juicios interpretativos que al respecto haya proferido la Corte Constitucional como órgano encargado de interpretar y hacer valer la norma de normas, controlan la discrecionalidad de este operador judicial.

Son los márgenes de movilidad dentro de los cuales el juez contencioso habrá de obrar en los casos donde pretenda convalidar la solicitud de inaplicación de un acto administrativo o en

los que, a partir de su propio convencimiento, haya arribado en la conjetura del agravio que tal orden de la administración pública representa tanto para la parte afectada con la existencia del hecho generador del daño; como para la integridad del ordenamiento jurídico imperante y el equilibrio social que se desprende de la correcta impartición de justicia y en igual medida de la ponderación de las decisiones con que la administración pública pretende obrar sobre sus administrados.

Por lo que la solicitud de parte o bien la intervención de oficio del juez administrativo para hacer uso de este medio de control de los actos administrativos de carácter excepcional y eventual, más que una opción es una necesidad de los administrados que pueden ver asegurado su derecho de acceso a la administración de justicia en la medida que los operadores judiciales se encargan no sólo de aplicar el derecho, sino que se ocupan de verificar el ajuste de la norma a los peculiares condicionamientos de un caso que amerite dicho examen; de dónde se infiere que la discrecionalidad del juez contencioso administrativo para obrar en favor de la declaratoria de este tipo de pretensiones, es un aporte normativo que se compadece con los fundamentos teleológicos y axiológicos en que los que inspira el contenido normativo constitucional.

REFERENCIAS:

- Acto Legislativo 03 de 1910 "Reformatorio de la Constitución Nacional", Artículo 40.
(Asamblea Nacional de Colombia 31 de octubre de 1910).
- Auto del 04 de septiembre de dos mil diecisiete, 27001233300020170001500 (Tribunal Administrativo del chocó 04 de septiembre de 2017).
- Bechara Llanos, A. Z. (21 de mayo de 2015). Análisis del Precedente Judicial y Sentencia de Unificación Jurisprudencial en la Ley 1437 de 2011: del Precedente Constitucional al Precedente Contencioso Administrativo. *Saber, Ciencia y Libertad*, 10(01), 61-69.
- Blanco Zúñiga, G. A. (17 de julio de 2001). Comentarios a la Excepción de Inconstitucionalidad y la Excepción de Ilegalidad en Colombia. *Revista de Derecho*, 01(16), 268-279.
- Campo Mazabel, J. A. (2014). *La Aplicación de la Excepción de Inconstitucionalidad en Colombia: Un Problema de Reglas*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Universidad de los Andes.
- Carrillo de la Rosa, Y., & Bechara Llanos, A. Z. (05 de septiembre de 2019). Juez discrecional y garantismo: Facultades de Disposición del Litigio en el Código General del Proceso. *Jurídicas CUC*, 229-262.
- Cassagne, J. C. (2009). La Discrecionalidad Administrativa. *Foro Jurídico*(09), 82-91.
- Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 04. (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia 04 de julio de 1991).

Controversias Contractuales, Expediente N°27001 23 33 000 2017 0015 00 (Tribunal Contencioso Administrativo Del Chocó 04 de septiembre de 2017).

Decreto 01 de 1984 "Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo", Numeral 01. Artículo 69. Causales de Revocación (Presidente de la República de Colombia 02 de enero de 1984).

Decreto 2733 de 1959 "Por el cual se Reglamenta el Derecho de Petición, y se Dictan Normas Sobre Procedimientos Administrativos", Literal A. Artículo vigesimoprimer (Presidente de la República de Colombia 07 de octubre de 1959).

Echeverry Restrepo, C. A. (09 de junio de 2011). El imperio de la Discrecionalidad Judicial. *Criterio Jurídico*, 08(01), 195-216.

Expediente N°627, Expediente N°627 (Consejo de Estado de Colombia 20 de junio de 1960).

Flórez Muñoz, D. E. (21 de septiembre de 2010). La Acción Pública de Inconstitucionalidad como Garantía del Estado Constitucional en Colombia. *Opinión Jurídica*, 09(18), 89-106.

Gaviria Cardona, X. (2012). *Porqué el Precedente Judicial debe ser un Parámetro de Legalidad por Via de Excepción de Los Actos Administrativos*. Medellín, Antioquia, Colombia: Universidad de Medellín.

González Echeverri, G., González Bernal, C. M., & Pinto Arévalo, A. (2015). *Providencias Judiciales y Discrecionalidad de los Juecesadministrativos, en Demandas de Soldados Profesionales, que Pretenden un Incremento en los Factores de Liquidación Pensional*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Universidad La Gran Colombia.

Huerta Ochoa, C. (diciembre de 2003). La Acción de Inconstitucionalidad como Control Abstracto de Conflictos Normativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(108), 927-950.

Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", Artículo 148. Control por vía de excepción. (Congreso de la República de Colombia 18 de enero de 2011).

Ley 153 de 1887 "Que Adiciona y Reforma los Códigos Nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887", Artículo 06. (Consejo Nacional Legislativo de Colombia 24 de agosto de 1887).

Londoño Restrepo, A. L. (2015). *La Discrecionalidad Judicial y el Imperio de La Ley en Colombia*. Manizales, Caldas, Colombia: Universidad de Manizales.

Lor Morales, M. J. (2015). *La Prueba de Oficio: Discrecionalidad e Imparcialidad del Juez*. Guayaquil, Provincia del Guayas, Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes.

Marcheco Acuña, B. (24 de junio de 2009). El control Judicial de la Potestad Discrecional de la Administración Pública en Cuba. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 39(110), 57-75.

Martínez Salcedo, J. C. (19 de octubre de 2015). Codificación del Derecho, Interpretación de la ley y Discrecionalidad Judicial. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 15(29), 17-30.

Maya Chaves, M. J. (05 de abril de 2012). Discordia, Reforma Constitucional y Excepción de Inconstitucionalidad. *Revista de Estudios Sociales*(42), 118-128.

Mendieta González, D., & Tobón Tobón, M. L. (10 de octubre de 2018). El (des) Control de Constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 16(02), 51-88.

Molina Betancur, C. M. (2002). El Control de la Legalidad de los Actos Administrativos en Colombia. *Revista Opinión Jurídica*, 01(01), 59-72.

Morales Godo, J. (2010). La Función del Juez en una Sociedad Democrática. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 04(01), 01-34.

Murillo Mena, J. (2014). *Las Facultades Discrecionales en el Estado Social de Derecho Colombiano: Una Aproximación a la Discrecionalidad Técnica desde la Doctrina y la Jurisprudencia*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho, 08001-23-31-000-2006-00871-01 (21911) (Consejo de Estado de Colombia 31 de mayo de 2018).

Ochoa, Y. C. (27 de noviembre de 2010). El Control de Constitucionalidad por Vía de Excepción: Un Mecanismo que Garantiza la Supremacía e Integridad de la Constitución. *Principia Iuris*, 02(14), 157-191.

Ortega Ruiz, L. G. (2018). De Las Acciones y Excepciones Frente al Acto Administrativo. *JUS*, 115-152.

Ortiz Castro, H. J. (Cúcuta). *¿Cuáles son los Actos Administrativos Objeto de Control de Legalidad por la Vía Jurisdiccional a la luz de la Sentencia 2006-98801 del Consejo de Estado?* Cúcuta, Norte de Santander, Colombia: Universidad Santo Tomás.

Radicación N°11001-03-24-000-2010-00001-00, Radicación N°11001-03-24-000-2010-00001-00 (Consejo de Estado de Colombia 12 de julio de 2018).

Radicación N°11001-03-28-000-2014-00112-00, Radicación N°11001-03-28-000-2014-00112-00 (Consejo de Estado de Colombia 09 de febrero de 2017).

Radicación N°25000-23-24-000-1997-08997-01(35475), Radicación N°25000-23-24-000-1997-08997-01(35475) (Consejo de Estado de Colombia 18 de mayo de 2017).

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650), Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650) (Consejo de Estado de Colombia 25 de mayo de 2011).

Rey Clavijo, J. G. (18 de noviembre de 2008). El Control Constitucional en Colombia a Partir de la Constitución de 1991. *VIA IURIS*(04), 63-74.

Saavedra Madrid, C. A. (2012). *La Excepción de Ilegalidad y la Validez*. Santiago de Cali, Valle del Cauca, Colombia: Universidad Autónoma de Occidente.

Saavedra Madrid, C. A. (2013). El Empleo de la Excepción de Ilegalidad en Todas las Jurisdicciones. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*(39), 257-284.

Segura Ortega, M. (2006). *Sentido y Límites de la Discrecionalidad Judicial*. Madrid, Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Sentencia C-037 de 2000, Expediente D-2441 (Corte Constitucional de Colombia 26 de enero de 2000).

Sentencia C-069 de 1995, Expediente D-699 (Corte Constitucional de Colombia 23 de febrero de 1995).

Sentencia C-122 de 2011, Expediente D- 8207 (Corte Constitucional de Colombia 01 de marzo de 2011).

Sentencia C-486 de 1993, Demanda N° D-244 (Corte Constitucional de Colombia 28 de octubre de 1993).

Sentencia C-513 de 1994, Expediente D-606 (Corte Constitucional de Colombia 16 de noviembre de 1994).

Sentencia C-600 de 1998, Expediente D-2047 (Corte Constitucional de Colombia 21 de octubre de 1998).

Sentencia T-006 de 1994, Expediente T-20850 (Corte Constitucional de Colombia 17 de enero de 1994).

Sentencia T-049 de 2002, Expediente T-508716 (Corte Constitucional de Colombia 31 de enero de 2002).

Sentencia T-103 de 2010, Expediente T-2357981 (Corte Constitucional de Colombia 16 de febrero de 2010).

Sentencia T-614 de 1992, Expediente T-4716 (Corte Constitucional de Colombia 15 de diciembre de 1992).

Sentencia T-669 de 1996, Expediente T-101.419 (Corte Constitucional de Colombia 28 de noviembre de 1996).

Vedel, G., & Delvolvé, P. (1992). *Droit Administratif. Tomo I*. Paris, Isla de Francia, Francia: Presses Universitaires de France.

Zuluaga Gil, R. (2003). El Carácter Integral, Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de Control de Constitucionalidad. *Criterio Jurídico*(03), 133-152.