

La protección cautelar en el contencioso administrativo colombiano: hacia un modelo de justicia provisional¹

DANIEL CASTAÑO PARRA²

“La necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”.

GIUSEPPE CHIOVENDA

SUMARIO

Introducción. Premisa A: La protección cautelar como concreción del derecho a la justicia. 1. Concepto de protección cautelar. 2. El fundamento constitucional y convencional de la protección cautelar. 3. La naturaleza iusfundamental de la protección cautelar. Premisa B: La configuración del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* en el contencioso administrativo colombiano. 1. Concepto de *periculum in mora* o peligro por la demora. 2. Concepto de *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. Conclusión: La protección cautelar, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*: triada indisoluble de un modelo de justicia provisional. Bibliografía.

1 Ponencia presentada para las XI *Jornadas de Derecho Administrativo*, llevadas a cabo en la Universidad Externado de Colombia, los días 8, 9 y 10 de septiembre de 2010.

2 Docente-Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la misma Universidad. Correo Electrónico: daniel.castano@uexternado.edu.co

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2010. Fecha de aceptación: 4 de abril de 2011.

RESUMEN

Siguiendo de cerca las elaboraciones teóricas que se han gestado en otras latitudes para justificar la tutela cautelar como una modalidad de justicia provisional en razón del estrecho vínculo que existe entre ésta y la tutela judicial efectiva, se intentará extrapolar dicho razonamiento al derecho positivo colombiano para caracterizar a la protección cautelar como una auténtica concreción del derecho a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los artículos 29 y 229 de la Carta Política de 1991.

PALABRAS CLAVE

Protección cautelar, derecho a la justicia, *periculum in mora*, *fumus boni iuris*.

THE PRECAUTIONARY PROTECTION IN
THE COLOMBIAN ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW:
TOWARDS A MODEL OF PROVISIONAL JUSTICE

ABSTRACT

Following closely the theoretical constructions that have been conceived in different latitudes to justify the precautionary protection as way of provisional justice due to the strong bond that it has with the right to justice, we will attempt to extrapolate that reasoning to the Colombian juridical system in order to characterize precautionary protection as an authentic concretion of the right to justice which is content in articles 8.1 and 25 of the American Convention on Human Rights and in articles 29 and 229 of Colombia's Political Constitution.

KEY WORDS

Precautionary protection, right to justice, *periculum in mora*, *fumus boni iuris*.

INTRODUCCIÓN

Si partimos del supuesto que la jurisdicción de lo contencioso administrativo "declara el derecho" de una manera *distinta*³ en que lo hace, por ejemplo, la jurisdicción civil, debemos ser consecuentes con ello y aceptar que el juez contencioso administrativo se vale de instituciones jurídico-procesales en gran parte *distintas* a las del derecho común para administrar justicia. Valga decir que, por derecho común, entenderemos aquí aquellas instituciones procesales concebidas y diseñadas para encausar las acciones civiles destinadas a garantizar, en palabras de MATTIROLO, los derechos privados frente a quienes los han violado o desconocido⁴.

En efecto, esa *diferencia cualitativa* de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se advierte en conceptos procesales tan esenciales como en la pretensión procesal, respecto de la cual la doctrina *iuspublicista* ha encontrado que la "nota característica" de la pretensión procesal-administrativa, como objeto del proceso contencioso administrativo, estriba en que ésta se refiere a actos administrativos en su sentido más lato, ello es, que el extremo activo litis perseguirá la anulación o la reforma de actos administrativos⁵.

Siguiendo de cerca las elaboraciones teóricas que se han gestado en otras latitudes para justificar la tutela cautelar como una modalidad de justicia provisional en razón del estrecho vínculo que existe entre ésta y la tutela judicial efectiva⁶, intentaremos extrapolar dicho razonamiento a nuestro derecho positivo para caracterizar a la protección cautelar como una auténtica concreción del derecho a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 29 y 229 de la Carta Política de 1991. Sin embargo, tal extrapolación reviste la mayor dificultad debido a que la construcción dogmática que otrora se hizo de la protección cautelar responde a una lógica de raigambre netamente individual propia de

3 Vid. ALBERTO MONTAÑA, *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

4 Cfr. LUIGI MATTIROLO, *Tratado de derecho judicial civil*, t. I, Editorial Reus, Madrid, 1930, p. 15.

5 Cfr. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 307.

6 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La nueva doctrina del tribunal supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fumus boni iuris (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, 3ª ed., Thomson-Civitas, 2006, p. 214. "(...) Existe, como filial del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución, un verdadero «derecho a la tutela cautelar», derecho fundamental y, por tanto, «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 101 de la Constitución), como lo es inequívocamente todo derecho con base en el artículo 24. Y correlativo de ese derecho es «el deber... de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad» de la sentencia".

las corrientes *iusprivatistas*, la cual resulta, en principio, incompatible con la dimensión teórica que inspira al moderno derecho administrativo.

Estamos convencidos que para garantizar la unidad y la coherencia del derecho administrativo como sistema, la construcción de las instituciones procesales-administrativas debe efectuarse en clave sistémica, ello es, por medio de la inducción de una teoría general a partir de sus particularidades, para luego reconducirla de vuelta en un proceso de interacción recíproca que tiene por objeto garantizar su evolución dogmática y su adaptación como sistema⁷. Bajo esta premisa, SCHMIDT-ASSMAN señala que la tutela cautelar, como subsistema de la tutela judicial, tiene por fin evitar la consumación de hechos dañosos que puedan frustrar el pacífico disfrute de los derechos tutelados por el ordenamiento jurídico-positivo por medio de la garantía provisional de la *temporalidad* de la tutela judicial⁸.

En estas cortas líneas realizaremos un *approach* a los elementos estructurales de la protección cautelar desde una perspectiva eminentemente sustancial por medio de la proyección histórica y hermenéutica de la institución con el fin de caracterizarla como una fase del derecho fundamental a la justicia, reconocido y protegido por la Carta Política de 1991 y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos debidamente ratificados por Colombia.

Somos conscientes que la configuración del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* puede variar ostensiblemente dependiendo de si se trata del contencioso objetivo, subjetivo o colectivo, en consideración a que en cada uno de ellos, la pretensión procesal-administrativa es distinta e impone un mundo sustantivo y adjetivo propio, razón por la que aquí formularemos únicamente unos lineamientos o pautas generales que en nuestro sentir resultan aplicables a todas las acciones contencioso administrativas donde sea posible invocar la protección cautelar.

Para una mayor claridad en nuestra exposición, la dividiremos en dos premisas: en primer lugar, la PREMISA A, donde caracterizaremos la protección cautelar como concreción del derecho a la justicia y, una PREMISA B, en donde explicaremos la configuración del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* a la luz de nuestro ordenamiento jurídico-político. Por último, formularemos una conclusión: la protección cautelar, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* como una *triada indisoluble de un modelo de justicia provisional*.

7 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, pp. 1-2. "(...) Sólo si se construye sistemáticamente el derecho administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del derecho generan los sectores especiales, siempre en continuo movimiento".

8 Cfr. *Ibíd.*, p. 237.

PREMISA A: LA PROTECCIÓN CAUTELAR COMO CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA JUSTICIA

1.- CONCEPTO DE PROTECCIÓN CAUTELAR

Para desarrollar la premisa planteada, consideramos imprescindible realizar algunas cortas precisiones conceptuales en torno a la noción de protección cautelar y cómo ésta se erige en un valioso y legítimo medio puesto al servicio del derecho fundamental a la justicia. En efecto, la *protección o garantía cautelar*⁹, como una de las expresiones de la *garantía jurisdiccional (ius perseguendi in iudicio quod nobis debetur quod nostrum est)*¹⁰, figura entre los medios que el Estado tiene dispuestos para reaccionar, *ex officio*, o a petición de parte, en aquellos casos de inobservancia de las reglas de conducta impuestas por el derecho, habida cuenta que sobre él gravita la obligación de garantizar la plena observancia práctica de las situaciones jurídicas tuteladas por el ordenamiento positivo¹¹; ora por su espontáneo acatamiento por parte de los destinatarios de la disposición, ora mediante los mecanismos coercitivos que el ordenamiento adjetivo tenga previstos para hacerlo cumplir, incluso, por la fuerza¹².

Ahora bien, para los dominios del contencioso administrativo la función de la garantía jurisdiccional adquiere, sin duda alguna, un cariz distinto. En efecto, SCHMIDT-ASSMAN sostiene que la esencia de la función jurisdiccional contencioso administrativa estriba en el control que ejerce el juez administrativo sobre la actividad de la administración mediante la limitación del poder y la garantía de la racionalidad administrativa, fungiendo de esta manera como una suerte de *antagonista*. Para el citado autor, esa función antagonista que cumple la jurisdicción de lo contencioso administrativo se encuentra al servicio de la efectiva tutela de los derechos fundamentales amparados por el ordenamiento jurídico-positivo, en tanto que los derechos fundamentales que se encuentran envueltos de manera inexorable en la pretensión procesal-administrativo no constituyen únicamente un estímulo para la puesta en

9 Vid. JEAN GOURDOU ET ANTOINE BOURREL, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 7, "(...) Toute juridiction, dès lors qu'elle est régulièrement saisie par un justiciable, doit être à même de préserver les intérêts légitimes de celui-ci en prenant les mesures conservatoires nécessaires".

10 MATTIROLO señala, siguiendo al jurisconsulto romano GAIUS, que a todo derecho reconocido por la ley positiva le corresponde una acción para hacerlo exigible, salvo en aquellos casos en que el legislador lo niegue o lo sustituya por otra garantía. LUIGI MATTIROLO, *Tratado de derecho judicial civil...*, cit., p. 14.

11 Cfr. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, v. I, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 281-282.

12 Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, p. 134.

marcha del derecho de acción, sino que la protección de éstos se erigen en su principal fin¹³.

En los desarrollos teóricos de CALAMANDREI y de CARNELUTTI se percibía ya una preocupación que ha sido una constante en nuestra historia: la lentitud de la justicia, frente a lo cual, la garantía cautelar se abría paso como el remedio a esa tediosa espera al punto que se justificaba la existencia de la protección cautelar como una garantía puesta al servicio de la justicia y del buen fin del proceso principal¹⁴, como una garantía que tiene por único propósito dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente con su obra; como la garantía de la garantía¹⁵. Esa subordinación de la garantía cautelar al servicio de la justicia es lo que la reviste, a juicio de CALAMANDREI, de una *instrumentalidad hipotética*¹⁶, lo cual, no es otra cosa, que una justicia mediata: *una justicia que contribuye al eficaz funcionamiento de la justicia*¹⁷.

En este sentido, la doctrina procesalista más clásica liderada por CHIOVENDA ha destacado que las medidas provisionales responden a la necesidad de alejar un temor de daño jurídico, sin que ello implique una valoración de fondo sobre la inminencia o juridicidad de éste, como quiera que tal valoración se encuentra reservada exclusivamente a la declaración definitiva¹⁸. De igual manera, KISCH dice que en muchas ocasiones existe la necesidad de constituir un estado de hecho a efectos de evitar la concreción de ciertos riesgos que pueden amenazar el objeto por el que se litiga durante el curso del proceso¹⁹.

Dicho riesgo puede provenir, de una parte, del retardo mismo del proceso debido a que como lo indica DEVIS ECHANDÍA, por rápido que se adelante un proceso, la situación anormal que éste busca corregir o solucionar subsiste con sus correlativos daños hasta tanto intervenga la providencia definitiva²⁰, y por otra, de situaciones exógenas al proceso como lo son, para ROCCO, aquellos eventos naturales o involuntarios que amenacen con abolir o restringir el objeto litigioso²¹.

13 Cfr. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema...*, cit., pp. 225 ss.

14 FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano...*, cit., p. 62. "(...) Se llama cautelar el proceso cuando en vez de ser independiente, sirve para garantizar (establece una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)".

15 Cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, Bosch, Barcelona, 1942, pp. 62-64.

16 Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Las providencias cautelares*, Leyer, Bogotá, 2008, p. 26.

17 Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil...*, cit., p. 158.

18 Cfr. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil...*, cit., p. 282.

19 Cfr. W. KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 380.

20 HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Nociones generales de derecho procesal civil*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2009, p. 167.

21 UGO ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil, parte especial, proceso cautelar*, v. V, Temis-Depalma,

Bajo esta óptica, la doctrina extranjera y nacional es unánime en afirmar que la situación riesgosa que puede dar lugar a la causación de un daño marginal en el curso de un proceso judicial es susceptible de ser controlada o prevenida por una *medida cautelar* que anticipe provisoriamente los efectos previsibles de la providencia definitiva²² mediante la *conservación* de un estado de hecho y de derecho^{23/24}.

2.- EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA PROTECCIÓN CAUTELAR

En nuestro ordenamiento jurídico-positivo, la protección cautelar encuentra su asidero constitucional en los artículos 2, 29 y 229 de la Carta Política de 1991, en los que se consagró el debido proceso como un derecho fundamental^{25/26} y el acceso a la justicia²⁷ como una vital e imprescindible garantía para hacer

Bogotá-Buenos Aires, 1977, pp. 89 ss.

- 22 PIERO CALAMANDREI, *Las providencias cautelares*, cit., p. 27.
- 23 UGO ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil...*, cit., p. 89. "(...) La acción cautelar, pues, no es más que una acción tendiente a obtener una providencia, llamada cautelar, que conservando el estado de hecho y de derecho determinado por cierta situación de hecho y jurídica, incierta o controvertida, evita el peligro de que en virtud de posibles o probables eventos, naturales o voluntarios, sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, de derecho sustancial o procesal, tutelados por el derecho objetivo, que de tal situación derivan o pueden derivar, mientras está pendiente un proceso o en previsión de un proceso futuro".
- 24 HERNANDO MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil, parte general*, 4ª ed., Lerner, Bogotá, p. 157. "(...) La acción de aseguramiento o cautelar es una forma singular de la tutela jurídica, que en relación unas veces con el proceso de declaración o cognición y otras con el de ejecución, se dirige a asegurar sus consecuencias mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho, o a prevenir las consecuencias de determinada resolución para no hacerla baldía".
- 25 Corte Constitucional, sentencias C-218 de 1996; C-407 de 1997; T-1232 de 2000; T-945 de 2001; C-175 de 2001 y T-1341 de 2001. "(...) Por otra parte, el derecho al debido proceso tiene como objetivo fundamental, la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1º. y 2º. de la CP). Con este propósito, la Corte ha determinado que, en esencia, 'el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional'".
- 26 Corte Constitucional, sentencia C-1083 de 2005. "(...) El Art. 29 de la Constitución establece que 'el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas' y regula en forma básica este derecho, el cual tiene carácter fundamental, lo que significa que es inherente a toda persona, incluyendo, por la naturaleza y fines del mismo, a las personas jurídicas, y es de aplicación inmediata conforme a lo estatuido en el art. 85 *ibidem*. Dicho derecho, en su modalidad judicial, está estrechamente vinculado al derecho de acceso a la administración de justicia, o derecho a la jurisdicción, que contempla el Art. 229 superior y que consiste en la facultad de acudir a la administración de justicia por parte del Estado para la resolución de los conflictos particulares o para la defensa del ordenamiento jurídico. Dicha vinculación se explica por ser el proceso y, en particular, la sentencia que ordinariamente le pone fin, el medio para la concreción del derecho a la jurisdicción".
- 27 Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002. "(...) [u]n derecho medular, de contenido múltiple

valer el generoso catálogo de derechos constitucionales reconocido por el ordenamiento superior. La hermenéutica conjunta de las citadas disposiciones devino en la calificación del acceso a la justicia como un derecho fundamental por parte de la Corte Constitucional²⁸, pues la importancia de asegurar el acceso real y efectivo al servicio de la justicia estatal condujo a que éste fuese integrado al núcleo esencial del derecho al debido proceso²⁹.

De esta manera, el derecho de acceso a la justicia es entendido *formalmente* como la existencia de recursos judiciales que permitan el acceso a la instancia judicial, y *materialmente*, como la real y efectiva prestación jurisdiccional. En consecuencia, todas las instituciones procesales deben estar dirigidas a garantizar la prevalencia del derecho sustancial, el principio de eficacia de los derechos fundamentales y la protección judicial efectiva como su garantía³⁰.

Así mismo, el derecho de acceso a la justicia se encuentra consagrado en una multiplicidad de tratados internacionales sobre Derechos Humanos debidamente ratificados por Colombia que integran, por tanto, el bloque de constitucionalidad³¹ *stricto sensu*³² en los términos del artículo 93 de la Carta Política de 1991.

o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso, y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos".

28 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-662 de 2004.

29 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-227 de 2009. "(...) La jurisprudencia de esta Corte ha destacado el carácter fundamental del derecho de acceso a la administración de justicia y su integración al concepto de núcleo esencial del derecho al debido proceso".

30 Corte Constitucional, sentencia C-564 de 2004.

31 Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2009. "(...) La Corte ha señalado que forman parte del bloque de constitucionalidad aquellas reglas y principios que, sin figurar expresamente en la Carta, tienen rango constitucional (bloque de constitucionalidad en sentido estricto) o al menos representan parámetros de constitucionalidad (bloque de constitucionalidad en sentido lato) que permiten controlar la constitucionalidad de las leyes y de las normas de inferior jerarquía, por cuanto la propia Constitución, por medio de cláusulas de remisión, confiere fuerza jurídica especial a esas reglas y principios. Entre las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad se encuentran algunos tratados, respecto de los cuales la Corte ha sido muy clara en señalar que no todos los tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad sino únicamente los tratados de límites y aquellos que reconocen derechos humanos. A su vez, se ha afirmado que la conformación del bloque remite a todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. De ahí, que no sólo lo conformen el articulado de la Constitución y los tratados internacionales referidos, sino algunas disposiciones de leyes orgánicas y de leyes estatutarias".

32 Corte Constitucional, sentencias C-988 de 2004 y C-307 de 2009. "(...) Por consiguiente,

Entre dichos instrumentos internacionales, figura la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) que se erige en un ineludible parámetro de referencia para los jueces nacionales, en concreto, tratándose de aquellas causas donde se encuentren involucrados derechos humanos reconocidos y protegidos por la CADH. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, si bien los jueces y tribunales internos se encuentran sometidos al imperio de la ley doméstica, cuando quiera que el Estado haya ratificado la CADH, sobre los jueces pesa el deber de realizar un *control de convencionalidad* entre las disposiciones de derecho interno y lo consagrado en la Convención, teniendo en cuenta, además, los pronunciamientos e interpretaciones que de la CADH haya hecho la Corte Interamericana como su intérprete último con el fin de garantizar la aplicación de la hermenéutica que resulte más favorable a la persona y asegurar así el efectivo y pleno disfrute de los derechos humanos³³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en una constante e indisociable interpretación de los artículos 8.1³⁴ y 25³⁵ de la CADH,

existen ocasiones en las cuales las normas que, por su naturaleza, se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad. Todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. Así pues, no todos los contenidos normativos que son parámetros de constitucionalidad, deban ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto para la reforma constitucional, pues el proceso de cambio normativo varía según la naturaleza de cada disposición. Pero, todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros necesarios e indispensables para el proceso de creación de la ley. Es por ello que la jurisprudencia ha señalado que es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: stricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (CP arts. 93 y 103). De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional".

33 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Cantuta Vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, párr. 173 y *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, párr. 124.

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

35 *Artículo 25. Protección Judicial*.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley, o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

ha sostenido en reiteradas oportunidades que los Estados tienen la obligación de suministrar recursos judiciales efectivos, los cuales no deben ser simplemente formales o ilusorios, sino que deben ser efectivos en la práctica, ello es, capaces de producir los resultados para los que han sido invocados en aras a satisfacer el *derecho a la justicia*³⁶.

Si profundizamos un poco más sobre el derecho de acceso a la justicia, nos encontramos con el *derecho a la justicia* como elemento del núcleo esencial de aquél. En este sentido, el célebre ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ANTONIO CANÇADO TRINDADE, en uno de sus Votos Concurrentes, señaló que el derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio significa, en un sentido lato, el derecho a obtener justicia, configurando de esta manera el *derecho a la propia realización de la justicia*³⁷.

3.- LA NATURALEZA IUSFUNDAMENTAL DE LA PROTECCIÓN CAUTELAR

De lo dicho hasta aquí, tenemos que las medidas cautelares han sido concebidas históricamente como una garantía puesta al servicio de la justicia que busca darle tiempo para que ésta actúe en debida forma, ello es, como una justicia mediata, instrumental, como una garantía de la garantía, en suma, como una *justicia provisional* que busca dotar de eficacia la tutela judicial definitiva. Con ello se intenta realizar una aproximación a un modelo jurisdiccional ideal donde los estrados judiciales administran justicia de forma *instantánea*³⁸.

De otra parte, tenemos que el derecho a la justicia se garantiza, en los términos de la Carta Política de 1991 y de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, únicamente cuando se suministran recursos judiciales efectivos que tengan la potencialidad de producir resultados en la práctica, ello es, *obtener justicia* y que ello puede resultar frustrado, *contrario sensu*, por la

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

36 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baldeón García Vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006, serie C, n.º. 147, párr. 143; *Caso de la masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, n.º. 140, párr. 169; y *Caso del penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 381, *inter alia*.

37 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia...*, cit., Voto concurrente del juez A. CANÇADO TRINDADE, párr. 61.

38 Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil...*, cit., pp. 156-157. "(...) A fin de que la reintegración del derecho obtenido por vía jurisdiccional pudiera resultar prácticamente de igual eficacia y oportunidad que la ejecución voluntaria, sería necesario que la declaración de certeza y la puesta en práctica de los medios de coacción, actuasen instantáneamente, de manera que tomasen la situación de hecho como era en el momento en que, de la norma abstracta, nació el precepto individualizado, y de poder proveer así re adhuc integra".

ineficacia práctica de dichos recursos o, por un excesivo retardo que torne nugatorios los efectos de la providencia final.

A nuestro juicio, no existe, en este contexto, ningún obstáculo constitucional que impida calificar la protección cautelar como elemento del derecho fundamental a la justicia y, en consecuencia, como una fase provisional de justicia tendiente a asegurar la obtención de justicia definitiva una vez en firme el fallo que ponga fin al litigio.

Para explicitar esta afirmación, considero de gran utilidad el ejemplo de la "espiral", utilizado por el profesor JUAN CARLOS HENAO, para explicar las diferentes fases del daño. En este caso, si imaginamos que el derecho de acceso a la justicia es una espiral y que su parte inicial se encuentra configurada por los recursos judiciales puestos a disposición de los interesados por el ordenamiento jurídico-positivo y que su parte final viene dada por la providencia definitiva que pone fin al litigio –momento donde se cristaliza el derecho a la justicia-, tenemos que situar en la mitad de los extremos de la espiral la protección cautelar como medio o instrumento que asegura la correcta sinergia entre la presentación del recurso judicial y la obtención de justicia.

Esta afirmación no es el producto de un ensayo de laboratorio, es la realidad de nuestra jurisprudencia constitucional, es el día a día de nuestra Corte Constitucional, por lo que únicamente estamos calificando una realidad y nada más que ello. Veamos rápidamente tres ejemplos recientes:

En primer lugar, la Corte Constitucional ordenó a EMSIRVA ESP la suspensión de la Convocatoria Pública N.º 002 de 2009 por medio de la cual se pretendía adjudicar un contrato para la operación y explotación de los servicios de recolección de los residuos sólidos, el barrido y la limpieza de vías y áreas públicas, la gestión comercial y otras actividades en el Relleno Sanitario de Navarro, en la ciudad de Cali, como consecuencia de la no incorporación, en los términos de referencia, de acciones afirmativas a favor de los recicladores como sujetos de especial protección constitucional.

Así mismo, la Corte Constitucional ordenó al Consejo Superior de la Carrera Notarial y, a las autoridades nominadoras, suspender de manera provisional la reelaboración de las listas para proveer los cargos de notarios y los nombramientos en el cargo de notario, hasta tanto se profiriera una decisión de fondo que resolviera el asunto, bajo el argumento que la adopción de la medida causaría serios perjuicios al goce de los derechos fundamentales³⁹.

En caso reciente, la Corte Constitucional ordenó, por medio del auto A-091-10 de 18 de mayo de 2010, a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá, la suspensión de la licitación pública 001 de 2010 que tenía por objeto contratar, bajo la modalidad de concesión, la administración, operación, y mantenimiento integral del Relleno Sanitario de

39 Cfr. Corte Constitucional, auto A-244 de 2009.

Doña Juana, hasta tanto se efectuaron las modificaciones necesarias al pliego de condiciones para garantizar las acciones afirmativas a favor de los recicladores como sujetos de especial protección constitucional ordenadas mediante la sentencia T-724 de 2003⁴⁰.

En este orden de ideas, se puede definir la protección o garantía cautelar como *la anticipación provisoria de ciertos efectos previsibles de la providencia definitiva tendiente a prevenir, mediante la conservación o la constitución de un estado de hecho y de derecho, la causación de un daño marginal como consecuencia de la concreción de tal o cual riesgo que circunde las condiciones fácticas y jurídicas de la litis o, simplemente, por el retardo mismo de la declaración definitiva debidamente ejecutoriada que la resuelva de fondo, garantizando con ello el buen fin del proceso principal, la eficacia real y práctica de la acción judicial impetrada y, por consiguiente, la efectiva obtención de justicia.*

PREMISA B: LA CONFIGURACIÓN DEL *FUMUS BONI IURIS* Y DEL *PERICULUM IN MORA* EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

La doctrina procesalista más autorizada sostiene al unísono que toda medida cautelar reposa sobre dos pilares estructurales, a saber: *periculum in mora* y *fumus boni iuris*⁴¹. El diseño de los mecanismos cautelares del contencioso administrativo colombiano no es ajeno a ello⁴², pues tales requisitos se exigen de forma perentoria para la puesta en marcha de instituciones de esta naturaleza en el curso de procesos de cognición, como la suspensión provisional de los actos administrativos prevista por el artículo 152 del CCA para las acciones de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho y las medidas cautelares consagradas en los artículos 25 y ss. de la Ley 472 de 1998 concebidas para la protección de los derechos colectivos por medio de la acción popular, entre otras⁴³. Ahora bien, la exigencia de dichos requisitos varía de acuerdo con el

40 Cfr. Corte Constitucional, auto A-091 de 2010.

41 GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil...*, cit., p. 282.; PIERO CALAMANDREI, *Las providencias cautelares...*, cit., pp. 20 ss.; UGO ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil...*, cit., pp. 89 ss.; HERNANDO MORALES MOLINA, *Curso de derecho procesal civil...*, cit., p. 158; HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *Procedimiento civil, parte general*, 9ª ed., Dupré Editores, Bogotá, 2005, p. 1055; RAÚL MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990, pp. 67 ss.

42 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Un paso en la consolidación del Estado social de derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010. "(...) Bajo esta óptica, las medidas cautelares deberán estar siempre debidamente sustentadas sobre los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: *periculum in mora* y *fumus boni iuris* en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia de buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio".

43 Vid. RUTH STELLA CORREA PALACIO, *Las medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en*

tipo de proceso donde se invoque la protección pero, como ya lo mencionamos, aquí no nos ocuparemos de esas especificidades.

La Corte Constitucional ha señalado, por su parte, que el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* se erigen en los instrumentos predilectos para ponderar la proporcionalidad y la congruencia de la protección cautelar con las circunstancias de hecho o de derecho que le dan lugar⁴⁴; es decir, que de la urgencia y la apariencia de buen derecho que se acredite sumariamente por el demandante, dependerá la viabilidad jurídica y la magnitud de la medida cautelar que se decrete por el juez.

1.- CONCEPTO DE *PERICULUM IN MORA* O PELIGRO POR LA DEMORA

La producción de toda medida provisional se encuentra condicionada, en primer lugar, a la existencia de una situación de riesgo que amenace con la posibilidad de causar un daño al derecho objeto de la litis, de lo cual se derivará la urgencia que fungirá como parámetro para ponderar la extensión y la magnitud de la cautela. Ahora bien, la configuración del *periculum in mora* puede efectuarse desde una perspectiva procesal o sustancial dependiendo del origen que tenga la situación de riesgo.

Así, desde una perspectiva puramente procesal, encontramos que CALAMANDREI define el *periculum in mora* como "(...) el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario"⁴⁵ (énfasis nuestro); es decir, que bajo esta visión, la mora viene dada por la imposibilidad práctica de acelerar la intervención temporal de la providencia de mérito. Esta apreciación del *periculum in mora* nos parece correcta pero incompleta, debido a que se queda corta para hacer frente a la *prerrogativa de autotutela*, la cual consiste, en palabras del profesor SANTOFIMIO GAMBOA, en "(...) la admisión constitucional y legal de poderes superiores de los entes públicos con funciones administrativas, que rompen el estricto principio de igualdad, otorgándole a los actores públicos la posibilidad de declarar y ejecutar unilateralmente el derecho frente a los administrados, con el propósito de otorgarle relevancia y ejecutoria a las decisiones administrativas, sin la necesidad de acudir para estos efectos a los estrados judiciales"⁴⁶.

Colombia, en *Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa*, Bogotá, 2008, p. 145.

44 Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 2009. "(...) Estos son: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, los cuales deben aparecer de forma concurrente para asegurar la proporcionalidad y congruencia de la medida".

45 PIERO CALAMANDREI, *Las providencias cautelares...*, cit., p. 23.

46 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 36-37.

De esta manera tenemos que, en ciertos casos, la situación de riesgo traslada de la mora del proceso jurisdiccional hacia el carácter ejecutorio de los actos administrativos previsto en el artículo 64 del CCA⁴⁷, ello es, que la urgencia de adoptar la medida cautelar estará determinada, ya no por el retardo del proceso, sino *por la inminencia de la lesión de un derecho subjetivo como consecuencia de la ejecución unilateral e inmediata del acto administrativo impugnado judicialmente*. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA indica, comentando el auto de 17 de enero de 1991 del Tribunal Supremo Español, que el control anticipado e inmediato de la ejecutividad del acto administrativo, en sede cautelar, constituye un valioso mecanismo para contrarrestar el abuso de la prerrogativa de autotutela por parte de la administración pública⁴⁸. Ha dicho el mismo autor que, en este contexto, el *periculum in mora* consistirá en el riesgo que se frustre la tutela judicial efectiva a causa del abuso de la autotutela por parte de la administración⁴⁹.

Para definir el contorno del *periculum in mora* en el contencioso administrativo, resulta muy valiosa la experiencia francesa sobre la aplicación de los *référé*s administrativos, debido a que la *urgencia* se constituye en requisito *sine qua non* pueden ser puestos en marcha. A estos efectos, la doctrina francesa ha señalado que la urgencia de suspender la ejecución de un acto administrativo se configura cuando quiera que las consecuencias jurídicas causadas durante su ejecutoria sobre la situación del demandante⁵⁰ no puedan ser suprimidas con la posterior anulación judicial⁵¹. En igual sentido, DELVOLVÉ sostiene con fundamento en la jurisprudencia del *Conseil d'État français*, que la urgencia debe ser apreciada objetivamente en cada caso concreto y que su verificación dependerá de que la decisión administrativa impugnada perjudique de manera suficientemente grave e inmediata a un interés público, la situación del demandante o, a los intereses que él defiende⁵².

47 Artículo 64. *Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos*. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.

48 Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la 'aparición de buen derecho' para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad*, en *La batalla por las medidas cautelares...*, cit., p. 233.

49 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La nueva doctrina del tribunal supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fumus boni iuris (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general...*, cit., p. 206.

50 Cfr. PAUL CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, Paris, 2003, p. 90. "(...) L'urgence peut d'abord être constituée lorsque l'acte ou le comportement de l'administration préjudicent à la situation du requérant".

51 Cfr. JEAN GOURDOU ET ANTOINE BOURREL, *Les référés d'urgence devant le juge administratif...*, cit., p. 33.

52 Cfr. PIERRE DELVOLVÉ, *Les procédures d'urgence en droit administratif français*, en este mismo nú-

Este supuesto puede ser fácilmente encuadrado dentro de los eventos que ROCCO cataloga como actos voluntarios que pueden abolir o restringir aquellos derechos protegidos por el ordenamiento jurídico-positivo mientras el proceso de halle en curso⁵³.

Entonces, si aceptamos que el *periculum in mora* para el ámbito del contencioso administrativo puede provenir, en ciertos casos, de causas exógenas o extraprocesales que atañen a la fase dinámica del acto administrativo, debemos admitir que éste puede tener, también, una configuración sustantiva que nos obliga a transitar por los senderos teóricos de la responsabilidad del Estado para intentar dilucidar con absoluta claridad conceptos como el de "derecho amenazado" y "derecho lesionado". Sobre el contenido y el desarrollo que esas nociones han tenido en el derecho de la responsabilidad, nos alineamos con la postura del profesor JUAN CARLOS HENAO, quien a partir de un exhaustivo estudio comparado del ordenamiento colombiano y francés, concluye que el derecho amenazado o, en situación de riesgo, constituyen eventos de daño cierto que obligan al aparato jurisdiccional del Estado a desplegar e implementar todas las medidas preventivas o provisionales necesarias para impedir la consumación definitiva del daño⁵⁴.

Para los efectos del presente estudio, nos interesa particularmente el desarrollo teórico que ha tenido el concepto de *periculum in mora* como "detonante" de los mecanismos de urgencia destinados a prevenir el inicio de la consumación del daño, o a evitar la consumación definitiva de aquellos en ésta, ya hubiese comenzado, el cual ha sido definido como "(...) la inminencia de la agravación de la lesión de un derecho cuya intensidad permite a la víctima demandar o solicitar al juez una protección eficaz con el fin de hacerla cesar"⁵⁵.

La Corte Constitucional introdujo otro elemento que debe tenerse en consideración para la debida estructuración del *periculum in mora* al señalar que éste "(...) tiene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo"⁵⁶, ello quiere decir que, para la Corte, el daño marginal deviene en la inoportunidad temporal de la decisión de mérito.

Tenemos, entonces, que la situación de riesgo puede tener su origen, de una parte, en circunstancias endógenas o procesales como el retardo mismo

mero de la *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

53 Cfr. UGO ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil...*, cit., p. 91.

54 Cfr. JUAN CARLOS HENAO, *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français* (tesis doctoral), Université Pantheon-Assas (Paris II), Paris, 2007, párrs. 209-247.

55 JUAN CARLOS HENAO, *Le dommage...*, cit., p. 341. "(...) L'imminence de l'aggravation de la lésion d'un droit dont l'intensité permet à la victime de demander une protection efficace au juge pour la stopper".

56 Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 2009.

del proceso, y por otra, en circunstancias exógenas o extraprocesales como aquellos eventos voluntarios o naturales que amenacen con sustraer la materia del proceso o con restarle eficacia práctica a la providencia de mérito, en particular, por la fuerza ejecutiva y ejecutoria que reviste al acto administrativo en su fase dinámica.

En este contexto, sugiero que la urgencia⁵⁷ que determina el *periculum in mora* sea entendida como *la necesidad de proteger la situación del demandante frente al inminente acaecimiento o agravación de una situación dañosa cuya consumación podría hacer nugatorios los efectos de la sentencia, tanto por la ocurrencia de un fenómeno de sustracción de materia, como por su inoportunidad temporal, frustrando con ello la efectiva obtención de justicia.*

2.- CONCEPTO DE *FUMUS BONI IURIS* O APARIENCIA DE BUEN DERECHO

El *fumus boni iuris* o *apariencia de buen derecho* encuentra su antecedente remoto en una máxima formulada por el procesalista italiano GIUSEPPE CHIOVENDA, según la cual la "(...) necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón"⁵⁸, máxima que se convertiría, décadas más tarde, en uno de los pilares fundamentales de los modernos sistemas cautelares.

Para CALAMANDREI, el *fumus boni iuris* se deriva de la instrumentalidad hipotética que caracteriza a la naturaleza misma de la protección cautelar, habida cuenta que la investigación sobre la buena apariencia del derecho por el que se litiga, se limita estrictamente a un *juicio de probabilidades y de verosimilitud*, en tanto que la declaración sobre la certeza del derecho litigioso, se reserva exclusivamente a la providencia final⁵⁹. CHIOVENDA señala, por su parte, que la urgencia propia de la esencia de la protección cautelar impone que el examen sobre la *posibilidad* del derecho se realice por medio de una *summaria cognitio*, ello es, a través de un análisis completamente superficial⁶⁰. En fallo reciente, la Corte Constitucional indicó que el *fumus boni iuris* alude a un principio de

57 GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil...*, cit., p. 282. "(...) Respecto de la posibilidad del daño, el juez debe examinar: si las circunstancias de hecho dan serio motivo para temer el suceso perjudicial; si el caso es urgente y es, por lo tanto, necesario proveer por vía provisional, cuál sea la mejor manera de proveer".

58 GARCÍA DE ENTERRÍA señala que la formulación exacta corresponde a CHIOVENDA (*Instituzioni di Dirritto processuale civile*, Napoli, s.a., I, pp. 146 ss.), pero que su puesta en primera línea como fundamento de las medidas cautelares se debe a CALAMANDREI, quien utiliza el que él llama "magistral" principio formulado por CHIOVENDA. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La nueva doctrina del tribunal supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fumus boni iuris (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, en *La batalla por las medidas cautelares...*, cit., p. 209.

59 Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Las providencias cautelares*, cit., p. 67.

60 Cfr. GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil...*, cit., p. 283.

veracidad en relación con los derechos invocados en las pretensiones del demandante⁶¹.

En lo que respecta al derecho administrativo, la sentencia *factorname* proferida el 19 de junio de 1990 por el Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas –TJCE– marcó el inicio de una nueva era de la protección cautelar. A pesar de que el citado fallo tuvo su fuente y origen en el derecho comunitario europeo, éste se constituyó en el *locus classicus* que desató una próspera e incansable labor jurisprudencial por parte de los tribunales contencioso administrativos nacionales para construir y justificar un sistema de medidas cautelares que abandonará el corte individualista de los sistemas clásicos y se conciliará con el principio democrático que inspira al moderno derecho administrativo. Fue así como, a juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, el TJCE abrió paso a la nueva doctrina del *fumus boni iuris* al señalar que al juez le corresponde evaluar si la apariencia del derecho invocado por el demandante en sus pretensiones reviste, con base en elementos sustantivos ligados a la legitimidad de las disposiciones controvertidas, la suficiente relevancia para conceder la protección cautelar⁶².

Es decir, que para los dominios del contencioso administrativo, la protección cautelar es concebida, con fundamento en la apariencia de buen derecho, como el contrapeso de la prerrogativa de autotutela de la administración, como un mecanismo para impedir los abusos derivados de la llamada autoejecución. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA concluye de forma contundente que "(...) la protección cautelar debe otorgarse a quien exhiba en sus pretensiones de fondo una apariencia de buen derecho frente a la posición de la otra parte, que, en contraposición con esa apariencia, tiende a ser vista como abusiva del instrumento del proceso, este abuso es especialmente valorado, dada la estructura del contencioso-administrativo, en la Administración, como abuso de la autotutela"⁶³.

Ello debe aunarse, en nuestro sentir, a la existencia de lo que DELVOLVÉ denomina "motivos serios de tal naturaleza que justifiquen la anulación [del acto administrativo impugnado]"⁶⁴ a efectos de flexibilizar el análisis sumario de las

61 Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 2009.

62 Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La sentencia factorname (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del derecho comunitario aún a costa de su propio derecho nacional. Trascendencia general de la sentencia en el derecho comunitario y en el sistema español de medidas cautelares*, en *La batalla por las medidas cautelares...*, cit., pp. 112-113.

63 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La nueva doctrina del tribunal supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fumus boni iuris (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, en *La batalla por las medidas cautelares...*, cit.

64 PIERRE DELVOLVÉ, *Les procédures d'urgence en droit administratif français...*, cit. "(...) L'existence d' 'un moyen propre à créer... un doute sérieux quant à la légalité de la décision' – formule moins rigoureuse que pour l'ancien sursis à exécution (il fallait des 'moyens sérieux et de nature à justifier l'annulation'), qui permet une certaine souplesse d'appréciation, mais non d'accepter tout moyen" (énfasis nuestro).

pretensiones y, al mismo tiempo, excluir aquellos motivos que no tengan la virtud de generar, *prima facie*, una seria duda sobre la legalidad del acto impugnado.

La esencia del *fumus boni iuris* no resulta ajena a nuestro ordenamiento jurídico-positivo. En efecto, dicho requisito es exigido para la suspensión provisional de la ejecución de los actos administrativos prevista en el artículo 152 del CCA, medida cautelar contencioso administrativa por antonomasia⁶⁵. Sobre su configuración, el Consejo de Estado ha señalado que "(...) b) si la acción es de simple nulidad -art. 84 CCA-, basta acreditar la infracción manifiesta del acto acusado a los preceptos de rango superior. Pero esta discrepancia debe ser fácilmente apreciable, es decir, ha de ser perceptible por el juez, sin necesidad de un análisis propio de una sentencia de fondo"⁶⁶.

En este orden de ideas, el *fumus boni iuris* consiste, en nuestro modo de ver las cosas, en la valoración de la apariencia de buen derecho que debe revestir la pretensión procesal-administrativa formulada por el extremo activo de la litis en su escrito de demanda que conduzca a concluir, con fundamento en un análisis sumario de la litis, que existen motivos serios para anular o modificar el acto administrativo impugnado como consecuencia de un abuso de la prerrogativa de autotutela o, ante la ausencia de una defensa bien sustentada de la constitucionalidad, convencionalidad o legalidad del acto por parte de la entidad demandada.

CONCLUSIÓN: LA PROTECCIÓN CAUTELAR, EL PERICULUM IN MORA Y EL FUMUS BONI IURIS: TRIADA INDISOLUBLE DE UN MODELO DE JUSTICIA PROVISIONAL

Desde de la perspectiva *iusfundamental* que hemos propuesto en el presente escrito, podemos formular las siguientes conclusiones:

1)- La protección o garantía cautelar se puede definir como la anticipación provisoria de ciertos efectos previsibles de la providencia definitiva tendiente a prevenir, mediante la conservación o la constitución de un estado de hecho y de derecho, la causación de un daño marginal como consecuencia de la concreción de tal o cual riesgo que circunde las condiciones fácticas y jurídicas de la litis o, simplemente, por el retardo mismo de la declaración definitiva debidamente ejecutoriada que la resuelva de fondo, garantizando con ello el buen fin del proceso principal, la eficacia real y práctica de la acción judicial impetrada y, por consiguiente, la efectiva obtención de justicia.

2)- El *periculum in mora* o peligro en la mora, puede ser entendido como la necesidad de proteger la situación del demandante frente al inminente acaeci-

65 Cfr. RUTH STELLA CORREA PALACIO, *Las medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia...*, cit., 146 ss.

66 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 27 de mayo de 2009, exp. 36.054 y de 1º. de abril de 2009, exp. 36.476.

miento o agravación de una situación dañosa, cuya consumación podría hacer nugatorios los efectos de la sentencia, tanto por la ocurrencia de un fenómeno de sustracción de materia, como por su inoportunidad temporal, frustrando con ello la efectiva obtención de justicia.

3)- El *fumus boni iuris* consiste en la valoración de la apariencia de buen derecho que debe revestir la pretensión procesal-administrativa formulada por el extremo activo de la litis en su escrito de demanda que conduzca a concluir, con fundamento en un análisis sumario de la litis, que existen motivos serios para anular o modificar el acto administrativo impugnado como consecuencia de un abuso de la prerrogativa de autotutela, o ante la ausencia de una defensa bien sustentada de la constitucionalidad, convencionalidad o legalidad del acto por parte de la entidad demandada.

4)- La valoración del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* se erige en un parámetro para solucionar, por medio del método de la ponderación, una colisión entre dos principios, a saber: entre el derecho fundamental a la justicia y la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos.

5)- La ponderación será el método para determinar la viabilidad y la magnitud de la protección cautelar en cada caso concreto, teniendo en consideración la dimensión del riesgo que amenace con hacer nugatorios los efectos de la providencia que ponga fin al litigio y la buena apariencia que exhiba la pretensión procesal-administrativa que ha sido impetrada por el extremo activo de la litis.

En este orden de ideas, la protección cautelar, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* conforman una triada indisoluble sobre la cual reposa un modelo de justicia provisional que se encuentra latente a lo largo y ancho de la Carta Política de 1991, cuyo espíritu garantista tiene la fuerza necesaria para revolucionar los mecanismos judiciales existentes en aras de potenciar efectiva protección de los derechos sin distinción a la generación a que éstos pertenezcan.

BIBLIOGRAFÍA

I. DOCTRINA

CALAMANDREI, PIERO, "Instituciones de derecho procesal civil", t. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

CALAMANDREI, PIERO, "Las providencias cautelares", Leyer, Bogotá, 2008.

CARNELUTTI, FRANCESCO, "Instituciones del nuevo proceso civil italiano", Bosch, Barcelona, 1942.

CASSIA, PAUL, "Les référés administratifs d'urgence", LGDJ, Paris, 2003.

- CHIOVENDA, GIUSEPPE, "Instituciones de derecho procesal civil", v. I, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- CORREA PALACIO, RUTH STELLA. "Las medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia", en *Memorias del Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa*, Bogotá, 2008.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, "Nociones generales de derecho procesal civil", 2ª ed., Temis, Bogotá, 2009.
- DELVOLVÉ, PIERRE, "Les procédures d'urgence en droit administratif français", en este mismo número de la Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La nueva doctrina del tribunal supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general", en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, 3ª ed., Thomson-Civitas, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La sentencia *factorange* (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del derecho comunitario aún a costa de su propio derecho nacional. Trascendencia general de la sentencia en el derecho comunitario y en el sistema español de medidas cautelares", en *La batalla por las medidas cautelares...*
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la 'apariencia de buen derecho' para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad", en *La batalla por las medidas cautelares...*
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La nueva doctrina del tribunal supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general"...
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, "Derecho procesal administrativo", t. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- GOURDOU ET BOURREL, JEAN ET ANTOINE, "Les référés d'urgence devant le juge administratif", L'Harmattan, Paris, 2002.
- HENAO, JUAN CARLOS, "Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français" (tesis doctoral), Université Pantheon-Assas (Paris II), Paris, 2007.

- KISCH, W., "Elementos de derecho procesal civil", 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, "Procedimiento civil, parte general", 9ª ed., Dupré Editores, Bogotá, 2005.
- MARTÍNEZ BOTOS, RAÚL, "Medidas cautelares", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990.
- MATTIROLO, LUIGI, "Tratado de derecho judicial civil", t. I, Editorial Reus, Madrid, 1930.
- MONTAÑA, ALBERTO, "Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- ROCCO, UGO, "Tratado de derecho procesal civil, parte especial, proceso cautelar", v. V, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1977.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, "Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Un paso en la consolidación del Estado social de derecho", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, "Tratado de derecho administrativo", t. I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, "La teoría general del derecho administrativo como sistema", Marcial Pons, Barcelona, 2003.

II. JURISPRUDENCIA

A. Corte Constitucional:

C-218 de 1996, C-407 de 1997, T-1232 de 2000, T-945 de 2001, C-175 de 2001, T-1341 de 2001, C-1083 de 2005, C-426 de 2002, C-662 de 2004, C-227 de 2009, C-564 de 2004, C-228 de 2009, C-988 de 2004, C-307 de 2009, A-244 de 2009, SU-913 de 2009, A-091 de 2010.

B. Consejo de Estado:

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de mayo de 2009, exp. 36.054.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1º de abril de 2009, exp. 36.476.

C. Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso de la masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, n.º. 140.

Caso del penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Caso de la masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, n.º. 140, Voto concurrente del juez A. CANÇADO TRINDADE.

Caso Baldeón García Vs. Perú, sentencia de 6 de abril de 2006, serie C, n.º. 147.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º. 154.

Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º. 162.