

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo



Semilleros de Derecho Procesal

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – Semilleros De Derecho Procesal	Bogotá D.C. Colombia	No. 002	Enero- Junio Año 2016	ISSN 2463-0594	Págs. 220
--	-------------------------	---------	--------------------------	-------------------	--------------



INSTITUTO COLOMBIANO
DE DERECHO PROCESAL

ISSN 2463-0594

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo

Semilleros de Derecho Procesal

No. 1 – Edición Julio- Diciembre de 2015

Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Calle 67 No. 4ª- 09 Teléfonos: 310 44 09- 310 1091 Fax: 310 44 89

Diseño de Carátula: Diego Tobón

Diagramación: Eudith Milady Baene Angarita

Bogotá, D.C. – Colombia

MIEMBROS COMITÉ CIENTÍFICO

Álvaro Pérez Ragone

Abogado de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Doctor en Derecho, Universidad de Colonia, Alemania. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (2009-2010). Integrante del Foro para la Reforma Procesal Civil, instaurado por el Ministerio de Justicia. Profesor de Derecho Procesal Civil, de Derecho Procesal Laboral y de Ética Aplicada en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

Antonio María Lorca

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España). Es doctor en Derecho por la Universidad de Granada con la máxima calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. Es, también, Dottore in Giurisprudenza de la Università degli Studi di Bologna (Italia) con la máxima calificación de cento sul cento dieci e lode. Es premio Avv. Mario Jachia a la mejor Tesi di Laurea de su especialidad concedida por la Università degli Studi di Bologna (Italia). Es Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Autor de varias obras jurídicas y tratadista internacional.

Carlos Colmenares Uribe

Abogado egresado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, en donde ejerció los cargos de Decano de la Facultad de Derecho y Rector Seccional. Magister de Derecho Procesal. Es Conjuez del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Norte de Santander, Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capitulo Norte de Santander y Profesor de Pregrado y Postgrado de la Universidad Libre. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

Jairo Parra Quijano

Abogado de la Universidad Libre, ex rector de la misma Universidad. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro de los Institutos Mundial, Iberoamericano, Panamericano, entre otros. Es profesor Universitario, miembro de la Comisión Redactora y de la Comisión Revisora del Código General del Proceso. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

Selva Anabella Klett Fernández

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Docente e investigadora de la Universidad de la República tanto en posgrados



como en la formación dirigida a profesores y magistrados en diversas áreas como el derecho procesal y la técnica probatoria. Fue Directora del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay y Ministra del Tribunal de Apelaciones en lo Civil. Autora de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

MIEMBROS COMITÉ EDITORIAL

Alejandro Giraldo López

Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Doctorado "Estructuras Económicas y Desigualdades Sociales" de la Universidad de Salamanca-España, master en Sociología Jurídica en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica Oñati, Gipuzkoa-España, magister en Derecho Económico en Pontificia Universidad Javeriana. Docente de pregrado y postgrado en las universidades Nacional, Externado de Colombia, Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Actualmente se desempeña como Superintendente Delegado para el Control y Vigilancia de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Carlos Andrés Pérez Alarcón

Abogado. Especialista en Derecho Constitucional, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo y Magíster en Derecho Procesal. Con estudios en Derechos Humanos de la Universidad Alfonso X el Sabio de Madrid y en Sistema Penal Acusatorio del Instituto de Estudios Judiciales de Puerto Rico. Docente de pregrado y posgrado. Ex Fiscal. Actualmente Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira y presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Capítulo Risaralda.

Carlos Mario de la Espriella

Abogado de la Corporación Universitaria del Caribe- CECAR, especialista en derecho procesal civil y derecho administrativo de la misma universidad, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente en la Corporación Universitaria del Caribe. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal- Capítulo Sucre.

Dairo Pérez Méndez

Abogado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre y magíster en "Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado" de la Universidad Externado de Colombia, estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Docente de Posgrados en el área de Derecho Público, desde hace más de doce años, en las Universidades: CECAR, Universidad de Sucre, Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería, Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, entre otras. Presidente del Capítulo Sucre del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Gustavo Orlando Nicastro Seoane

Egresado del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. Asesor Técnico Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Diplomado en Derechos

Humanos con especialización en acceso a la justicia. Miembro de la Asociación de Derecho Procesal Eduardo J. Couture, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Macarena Vargas

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Diego Portales de Chile, Abogada título otorgado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile, Post-titulada en "Enfoque Sistémico de la Familia" por el Instituto Chileno de Terapia Familiar, diplomada en "Medición Familiar" por la Pontificia Universidad Católica de Chile, magister en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile, Candidata a doctora de la Universidad Católica de Valparaíso de Chile. Autora de diversas obras jurídicas.

Nattan Nisimblat Murillo

Abogado de la Universidad de Los Andes. Especialista en Derecho Probatorio y en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario, Negociador del Programa de Negociación de las Universidades de Harvard, Instituto Tecnológico de Massachussets y TUFTS, Conciliador en Derecho, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes, doctorando en Administración, Hacienda, Justicia y Estado Social de la Universidad de Salamanca. Miembro Instituto Colombiano de Derecho Procesal; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, autor de obras en Derecho Procesal, Derecho Probatorio y Derecho Procesal Constitucional.

Ramón Antonio Peláez

Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia y en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre y doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Docente de postgrados de la U. Externado de Colombia. Libre, Católica de Colombia. Sergio Arboleda y Santo Tomás Seccional Bucaramanga. Docente de pregrado de la U. Autónoma de Colombia, Incca y Colegio Mayor de Cundinamarca. Coordinador de la Especialización de Derechos Humanos de la Universidad Incca de Colombia.

Rodolfo Pérez Vásquez

Abogado, especialista en Derecho Procesal, especialista en Gestión de Proyectos Educativos, magister en Derecho Procesal, doctor (c) en Derecho Procesal Contemporáneo. Par académico del Ministerio de Educación Nacional, abogado litigante, docente de pregrado y posgrado. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Presidente Capítulo Atlántico del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Conjuez del Tribunal Superior Sala Civil.

Samir Alberto Bonett

Abogado de la Universidad Libre, especialista en Derecho Laboral, candidato a Doctor de la Universidad Libre de Colombia. Vicepresidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Norte de Santander. Docente, investigador y director del Semillero de Derecho Procesal y del Semillero de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta.

PARES ACADÉMICOS

Alexei Julio Estrada

Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia; Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Investigador registrado en Colciencias e investigador invitado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM. Profesor de la cátedra de postgrados en la Universidad Externado de Colombia.

Andrés Bordalí Salamanca

Abogado, Licenciado en Derecho, Doctor en Derecho. Docente en la Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Líneas de investigación en Derecho Procesal y Justicia Transicional.

Cindy Charlotte Reyes Sinisterra

Abogada de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia (como becaria del Instituto Colombiano de Derecho Procesal). Candidata a magister en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Docente en Derecho Procesal y Privado en la Universidad Libre, Seccional Cúcuta.

María Marcos González

Licenciada en Derecho; Doctora en Derecho; Máster en Docencia Universitaria. Es docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, España.

María Patricia Balanta Medina

Docente del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanísticas de la Unidad Central del Valle del Cauca de Tuluá; Acreditada en Colciencias como directora de semilleros de investigación; par académico de la Universidad de los Andes. Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo de la Universidad Autónoma de Occidente en Cooperación con la Universidad Carlos III de Madrid (España); Doctora en Ciencias Sociales y Jurídicas (línea de filosofía jurídica y política) de la Universidad de Jaén (España) y con Master avanzado en Literatura Hispanoamericana de la Universidad de Barcelona.

Omar Sumaria Benavente

Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Inscrito en el Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín, Colombia.

Raúl E. Aparicio Alba

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Especialista en Derecho Internacional. Maestría en Derecho Privado. Estudiante de Maestría en Derecho Procesal. Miembro del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, de la Asociación de Derecho Internacional Privado y Comparado de Panamá. Miembro del Instituto Colombo-Panameño de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Americana de Juristas, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Santiago Pereira Campos

Abogado. Especialista en Derecho Procesal. Prof. Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Montevideo, Coordinador del Master en Derecho (LLM) con Énfasis en Derecho Procesal y del Posgrado de Derecho Procesal en la Universidad de Montevideo . Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Vicepresidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA-OEA).

CONTENIDO

Editorial <i>Magda Isabel Quintero Pérez</i>	9
Las medidas cautelares innominadas. El poder del juez en el medioambiente <i>Semillero de Derecho Procesal, Universidad Diego Portales - Chile</i>	10
El rol del juez frente a los criterios de procedencia en el decreto de las medidas cautelares innominadas en el código general del proceso <i>Semillero de Derecho Procesal, Universidad Francisco de Paula Santander, Cúcuta - Colombia.</i>	40
Hacia la contracautela innominada: una materialización de la igualdad procesal <i>Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Libre, Bogotá - Colombia</i>	71
Ante situaciones graves y urgentes: ¿es el recurso de protección una herramienta cautelar idónea? <i>Semillero "Sociedad de Debate", Universidad de Antofagasta- Chile</i>	104
De la interpretación a la transformación: medidas cautelares innominadas en función del interés general en los procesos de responsabilidad civil por productos defectuosos <i>Michelle Jhoann Stephan Jiménez Rocha, Universidad Libre, Bogotá- Colombia</i>	127
Las cadenas rotas de Prometeo: una alternativa a la prisión provisional <i>Semillero de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca - España</i>	144
La prisión preventiva como tutela anticipatoria en el Código Procesal Penal chileno <i>Semillero de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso- Chile</i>	178
Cautela anticipada como mecanismo de alivio ante a los efectos nocivos colaterales de la ley de víctimas y restitución de tierras en Colombia <i>Yudy González Barbosa - Laura Lorena Pinto Tavera, Universidad Pontificia Bolivariana- Bucaramanga</i>	197

EDITORIAL

La Revista de Derecho Procesal Contemporáneo Semilleros de Derecho Procesal, llega a su segunda edición, permitiéndonos seguir cumpliendo nuestro compromiso con la difusión de las investigaciones realizadas por los estudiantes de derecho, a través de los grupos de semilleros.

Pretendemos compartir con la comunidad académica las ideas planteadas por los Semilleros quienes son el centro de nuestras actividades y la razón de ser del ICDP, mediante una publicación seria, arbitrada y con temas que actualmente están marcando la pauta en el derecho procesal.

Queremos invitar a los estudiantes de derecho para que sigan investigando y se enamoren cada día más de nuestra profesión, la cual nos permite brindarle a la sociedad propuestas de cambio, mejoramiento y evaluación constante de la efectividad del derecho como principal herramienta para la paz y la armonía social.

Esperamos con esta publicación afianzar nuestros lazos académicos con las universidades y seguir compartiendo el conocimiento jurídico construido a través de la investigación.

Magda Isabel Quintero Pérez
Editora

LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS. EL PODER DEL JUEZ EN EL MEDIOAMBIENTE *

Semillero de Derecho Procesal
Universidad Diego Portales, Chile**

Constanza Barros, Constanza Cavallo, Martín Cura, Diego Del Valle, Violeta González (Ponenta), Sophie Hans, Alejandro Matus, Nicolás Miranda, Rafaela Moreno, Bárbara Orellana, Vanessa Palma, Paulina Pino, Alfonso Zuazo.

Director: Fernando Santelices¹

RESUMEN

El procedimiento de reparación por daño ambiental entrega a los tribunales ambientales una potestad cautelar amplia, pudiendo decretar las medidas necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento, sin establecer una enumeración taxativa de ellas, esto es, medidas innominadas. Analizar si la dimensión objetiva de la imparcialidad judicial puede verse afectada con la dictación de este tipo de medidas es el objetivo de este trabajo, el cual se basa en una completa revisión bibliográfica sobre la materia y en la información obtenida de los propios actores del sistema de justicia medioambiental. Concluimos que si bien existe un riesgo de afectación del derecho a ser juzgado por un juez imparcial en nuestro existen numerosos mecanismos de protección que reducen dicho riesgo y que los bienes jurídicos protegidos ameritan asumirlo.

Palabras clave: cautelares, innominadas, imparcialidad, jueces, medio ambiente

* Artículo publicado en *Revista de Derecho- Consejo de Defensa del Estado*. No. 31 (2014), p. 35-75.

Recibido 24 de febrero de 2015 -

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre del 2014, en la ciudad de Cartagena.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Diego Portales (Chile).

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Diego Portales (Chile).

ABSTRACT

The environmental damage procedure gives the environmental courts a wide precautionary authority, being able to decree the necessary measures to avoid the negative effects of the acts and conducts that are submitted to their knowledge, without establishing a strict or closed number of measures they can use. These are the unnamed precautionary measures. To analyze if the objective dimension of the judicial impartiality can be affected by the decree of this kind of measures is the main object of this paper, which is based on a full bibliographic research in what regards to this matter and the information obtained from the main participants in the judicial environmental system. We conclude that even though there is an existing risk the right to be judged by an unbiased judge is harmed in our legislation there are several protective mechanisms that reduce that risk, and that the legal interest protected is worth taking it.

Key words: precautionary measures, unnamed measures, impartiality, judges, environment.

INTRODUCCIÓN:

En los últimos años nuestro país ha experimentado un profundo proceso de reformas en materia medio ambiental, luego de estar por décadas ajeno al desarrollo que esta temática ha tenido a nivel mundial. Los cambios comienzan a materializarse a inicios del siglo XXI dando origen a lo que se ha denominado “la nueva institucionalidad medioambiental”.

Estas reformas comprenden la creación de varios organismos públicos, entre los cuales destacan en 2010 la Superintendencia del Medio Ambiente, el Ministerio del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación Ambiental. Un par de años después, se crean los Tribunales Ambientales, cuyo objetivo es resolver las controversias que se generan en el ámbito medioambiental a través de distintos tipos de procedimientos. Uno de ellos es el procedimiento de reparación por daño ambiental.

Como Semillero de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, ha suscitado fuertemente nuestro interés la forma en que el legislador ha regulado dicho procedimiento, en especial lo referido a las medidas cautelares. Ello, pues se otorga a los jueces de los Tribunales Ambientales una potestad cautelar amplia, que les permite dictar las medidas necesarias con el fin de impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento, sin existir un catálogo taxativo que enumere dichas medidas. Consideramos que atendido a los derechos implicados en los conflictos ambientales y el efecto de las decisiones judiciales en este ámbito -que no solo afectan a las partes, sino muchas veces a toda una comunidad- resulta interesante

preguntarse si la imparcialidad de los jueces encargados de conocer estos asuntos puede verse afectada con la dictación de medidas innominadas.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo analizar si la garantía de la imparcialidad objetiva puede verse afectada con la dictación de medidas innominadas en el procedimiento de reparación de daño ambiental consagrado en la ley chilena.

Para responder a esta pregunta, en el primer capítulo analizamos brevemente las medidas cautelares, sus características y requisitos de procedencia a fin de dar un marco teórico general, concentrándonos específicamente en el estudio de las medidas cautelares innominadas.

En el segundo capítulo examinamos el derecho a un juez imparcial, sus fundamentos y clasificación, en particular, la dimensión objetiva de la imparcialidad judicial y su relación con las medidas cautelares innominadas.

En el tercer capítulo describimos los elementos centrales de la nueva institucionalidad ambiental chilena, refiriéndonos en especial a los Tribunales Ambientales y al procedimiento de demandas de reparación por daño ambiental.

En el capítulo cuarto examinamos la regulación de las medidas cautelares en dicho procedimiento y su relación con el principio preventivo y el principio precautorio. Se examina además la aplicación práctica de ellas por parte de los Tribunales Ambientales, pudiendo detectar que desde su implementación hasta la fecha de cierre de este trabajo solo se ha dictado una medida cautelar, la que es analizada en profundidad.

Por último, en el capítulo final se exponen las reflexiones que este Semillero ha elaborado a propósito de la pregunta de investigación antes señalada.

Para la realización de este trabajo hemos acudido a fuentes secundarias de información, a través de una revisión bibliográfica de doctrina nacional y comparada, de jurisprudencia y de la legislación aplicable en nuestro país. También hemos analizado los casos que hasta la fecha han conocido los Tribunales Ambientales. Adicionalmente, tuvimos la ocasión de asistir al “Seminario a 2 años de la Ley de Tribunales Ambientales” y, también, la posibilidad de visitar el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago y conversar con el Ministro Presidente y algunos de sus relatores, a quienes agradecemos por la valiosa información aportada para el desarrollo de esta investigación.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

1.1. De las medidas cautelares en general

Una de las características propias del proceso judicial es la necesidad de llevar adelante una serie de actos a lo largo de un determinado lapso de tiempo, que muchas veces puede constituir un obstáculo para quien desea obtener una sentencia favorable y su posterior eficacia.

Para paliar este problema, el legislador contempla las medidas cautelares, las que según Calamandrei se definen como aquellas resoluciones dictadas durante el curso del proceso que tienen como finalidad “...otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma.”¹

La institución cautelar tiene como finalidad asegurar la efectividad y cumplimiento de la sentencia debido al peligro en la demora (*periculum in mora*) que puede existir en el pronunciamiento de un fallo, exigiendo al solicitante acreditar la probabilidad de que su pretensión será acogida (apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris*) como presupuestos necesarios de procedencia.²

Las medidas cautelares tienen dos características centrales, a saber:

- Instrumentalidad: Las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran sujetas a un procedimiento de fondo y a la petición del actor.³
- Provisionalidad: Las medidas cautelares tienen una duración limitada, ella depende de la existencia del peligro en la demora que justificó su interposición. Así, si el peligro deja de existir, la medida se debe alzar. Por tanto, siempre será posible modificar lo resuelto (ya sea a petición de parte, de oficio o por el superior mediante la interposición de un recurso), ya que las medidas se mantienen en cuanto siga vigente el peligro fundado que les dio origen.⁴

Ahora bien, las medidas cautelares pueden ser de diverso tipo según su objeto (reales o personales), finalidad (conservativas o innovativas), proceso en que se aplican (civiles o penales) y si ellas se encuentran o no consagradas en forma taxativa en la ley (nominadas o innominadas), entre otros criterios. Para los efectos de este trabajo nos detendremos en esta última clasificación que distingue entre medidas cautelares nominadas e innominadas.

¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires. Bibliográfica Argentina. 1945. p. 45.

² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil, trad. de Gómez Orbaneja*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936. pp. 299-301.

³ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. pp. 44- 45.

⁴ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3ª Edición (póstuma) Buenos Aires. Edición Depalma. Buenos Aires. 1962 p. 326

Las medidas cautelares nominadas son aquellas que se encuentran reguladas de manera explícita y taxativa en la ley. La ley se encarga de establecer expresamente el contenido de la medida cautelar.

Las medidas cautelares innominadas, en cambio, son la expresión de un poder cautelar general, que permite al juez decretar -sin las limitaciones de las medidas especificadas en la legislación- los mejores medios para asegurar el resultado de la acción.

1. 2. Las medidas cautelares innominadas

Rangel las define como: “*aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra*”⁵.

Las medidas innominadas poseen las características propias de toda medida cautelar, antes mencionadas. A estas dos características, se agrega un tercer elemento que se refiere al carácter no taxativo de las medidas innominadas, por ello se sostiene que se trata de medidas cautelares genéricas.⁶ Al no estar enumeradas de forma expresa por el legislador, las partes y eventualmente el juez -si posee facultades de oficio- podrán solicitar y/o decretar aquellas que estimen pertinentes según las necesidades del caso concreto.

Creemos que la instrumentalidad, en relación con las medidas innominadas, puede resultar problemática en ciertas ocasiones, ya que es frecuente que los solicitantes pretendan obtener, al momento de solicitar una innominada, una anticipación de lo que aspiran conseguir con la interposición de la demanda misma.

1. 3. Justificación de las medidas cautelares innominadas y su relación con el juez

Una vez determinado el concepto y características de las medidas innominadas, cabe referirse a las razones por las cuales el legislador las incorpora en el ordenamiento jurídico.

⁵ RANGEL, Arístides. “Medidas Cautelares Innominadas” [en línea]. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen nº8. 1989. p. 91. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf> [visto el 10 de junio de 2014]

⁶ Ésta idea se puede desprender de: FABREGA, Jorge, ARNULFO, Adan. “Medidas Cautelares Innominadas” [en línea]. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen nº8. 1989. p. 114. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf> [visto el 10 de junio de 2014]

La consagración de este tipo de medidas se explica porque resulta muy difícil que el legislador imagine y enumere todas las medidas cautelares que sean necesarias y adecuadas para resguardar la eficacia de una sentencia definitiva. Prueba de ello es que varias legislaciones contemplan medidas cautelares innominadas, pues es prácticamente imposible que los cuerpos normativos puedan prever las situaciones de hecho que requieran ser tuteladas en atención al peligro en la demora.⁷

Así, se le reconoce al juez un poder cautelar general, en virtud del cual puede siempre que se manifieste la posibilidad de un peligro derivado del retardo de una providencia principal, -debidamente acreditado por quien la solicite- proveer por vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso concreto.⁸

Este poder conferido al juez ha sido muy discutido en la doctrina, existiendo posturas tanto a favor como en contra. A favor de un poder cautelar amplio, se encuentra Chiovenda, quien considera que debe entregarse al juez el poder de establecer la oportunidad y naturaleza de las medidas cautelares. Por otro lado, Calamandrei señala que la existencia de un poder cautelar general debe considerarse *iure condito* (excepcional) y, por esto en aquellas legislaciones donde se regula de ese modo debe hacer un interpretación estricta de la ley (*strictae interpretationis*).⁹

2. DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

Luego establecer qué entenderemos por medidas cautelares innominadas y sus características, nos referiremos a la garantía de la imparcialidad judicial. Abordaremos brevemente su concepto, fundamento, características y regulación, tanto a nivel nacional como comparado.

2.1. El concepto de imparcialidad

La imparcialidad judicial es un tópico que desde siempre se ha relacionado con la idea de “hacer justicia”, de manera tal que es muy difícil entender el uno sin el otro.

El significado de la palabra imparcialidad, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, deriva de los prefijos “in” y “parcial”. Según este diccionario,

⁷ Véase: Colombia, Código General del Proceso, artículo 590; Venezuela, Código de Procedimiento Civil, artículo 588; Bolivia, Código de Procedimiento Civil, Artículo 1690; Chile, Código de Procedimiento Civil, artículo 298. Todos con criterios uniformes en cuanto a su consagración y procedencia.

⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. p. 65

⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. p. 32.

imparcialidad significa “que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad”.¹⁰

Al preguntarnos por el significado de la palabra imparcialidad, Alberto Patiño señala que *“la respuesta la encontramos en la etimología misma de la palabra, la cual deriva del prefijo latino in y la terminación partial, es decir, que no entra en ninguna parcialidad o adhiere a ningún partido.”*¹¹

Luigi Ferrajoli afirma que la imparcialidad del juzgador debe ser entendida en un sentido estricto, como la ajenidad del juzgador a los intereses de las partes.¹² Por su parte, Alejandro Soulier señala que el juez imparcial es *“aquel que no tiene un interés en el resultado del pleito, por lo cual no puede administrar justicia adjudicando potencias e impotencias más allá del interés de las propias partes en litigio.”*¹³

De este modo podemos concluir que la imparcialidad exige al juez no inclinarse por ninguna de las partes, sin favorecer a ninguna en particular.

2.2. Fundamento de la imparcialidad

La imparcialidad constituye en sí misma un elemento definitorio de la jurisdicción. Por tanto, el asegurar la imparcialidad del juez durante todo el proceso es esencial para el correcto funcionamiento y estabilidad de nuestros sistemas de enjuiciamiento.¹⁴

Las decisiones tomadas por los jueces tienen gran relevancia; por el efecto que producen dentro del desarrollo de la sociedad que somos y de la sociedad que aspiramos a ser. De esta manera, la imparcialidad es un mecanismo de regulación del poder juzgador, que recae sobre todos nosotros.¹⁵ A nuestro juicio, es además el fundamento de legitimación del juez como un tercero objetivo que ha de resolver los conflictos que se presenten y elemento garante de los derechos fundamentales, como por ejemplo igualdad ante la ley y el debido proceso.

¹⁰ www.rae.es. [visto el 27 de junio de 2014].

¹¹ PATIÑO, Alberto. “Algunas consideraciones sobre la imparcialidad como virtud suprema del juez” [en línea]. *Revista electrónica Epikeia. Derecho y política*. Número 5. Verano 2007 p. 5. Disponible en: http://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/05/epikeia05-algunas_consideraciones_sobre_la_importancia.pdf [visto el 24 de Junio de 2014]

¹² FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón”. Editorial Trotta. Madrid. Octava Edición. 2006. p. 581.

¹³ SOULIER, Alejandro. “La imparcialidad del Juez no es un atributo inherente a su persona sino un desafío cotidiano en su Deber de Procesar y Juzgar” [en línea]. Ponencia presentada en *Concurso de Jóvenes Abogados del XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*. Cali, Colombia. 19-21 Agosto 2008. p. 1. Disponible en: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ZX_Soulier_Alejandro.pdf, [visto el 6 de junio de 2014]

¹⁴ TAVOLARI, Raúl. “Tribunales, Jurisdicción y Proceso”. Primera Edición Santiago, Editorial Jurídica. 2012. p. 54.

¹⁵ TRUJILLO, Isabel. “Imparcialidad” [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2007. p. 70. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2510/4.pdf> [visto el 6 de junio de 2014]

2.3. Clasificación de la imparcialidad

La imparcialidad del juez puede ser entendida en dos dimensiones. Por un lado, una imparcialidad de carácter subjetiva y, por otro, una imparcialidad de carácter objetiva. A continuación nos detendremos en cada una de ellas.

2.3.1. Imparcialidad subjetiva

Esta dimensión de la imparcialidad apunta a los sesgos o prejuicios que puede tener el juez en relación a una de las partes o a la materia en discusión. La imparcialidad subjetiva se presume, por tanto la parte que considere que ella se ve vulnerada debe probarlo.

En este sentido, Andrés Bordalí -haciendo referencia a Gulio Ubertis- señala que *“la imparcialidad considerada subjetivamente dice relación con el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial. Se habla de una consideración del fuero interior de los jueces, que debe considerarse imparcial mientras no se demuestre lo contrario”*.¹⁶

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha reconocido esta distinción señalando, que el derecho subjetivo a un juez imparcial *“exige que el juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo ni indirecto.”*¹⁷

2.3.2. Imparcialidad objetiva

La imparcialidad objetiva, en cambio, se configura cuando existe una sospecha de parcialidad por parte del tribunal en sus decisiones fundada en antecedentes objetivos. En este sentido, Andrés Bordalí afirma que *“(…) no se trata ya que el juez haya exteriorizado convicción personal alguna ni haya tomado posición previa, sino que estamos frente a un juez que no ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto. Por eso, en esta perspectiva, importan especialmente las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones*

¹⁶ BORDALÍ, Andrés. “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”. [en línea]. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° XXXIII. segundo semestre de 2009. Valparaíso. Chile. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000200007&script=sci_arttext [visto el 6 de junio de 2014]

¹⁷ CASTILLO, Luis. *“El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español”* [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2007. p. 128.

Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/pr6.pdf> [visto el 24 de junio de 2014]

que se le asigna al juez en el proceso, puede ser visto como un verdadero tercero ajeno a los intereses que en él se ventilan.”¹⁸

Desde una perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido que la imparcialidad objetiva consiste en *“que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el thema decidendi.”¹⁹*

Bordalí ha sostenido que la imparcialidad objetiva entra en tensión con ciertas instituciones jurídicas, por ejemplo cuando un juez que investiga y luego resuelve, dentro de la dinámica de un sistema procesal penal inquisitivo, o cuando un juez que decreta una medida cautelar y luego falla, ya que el juez toma conocimiento de los hechos que se someterán a su decisión en forma previa, emite un pronunciamiento al respecto y luego resuelve el fondo del asunto mediante una sentencia posterior.²⁰

Este autor sostiene que el juez que decreta una medida cautelar podría verse compelido a mantener su posición, lo que se denomina “fuerza de la prevención”. Esto puede suceder porque existe una tendencia natural a de todas las personas a mantener lo que se ha dicho y no cambiar de ideas: *“Un juez que durante el procedimiento ha valorado la existencia de una apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris), decretando una medida cautelar podría verse condicionado por mecanismos ya por mecanismos psicológicos (no mostrarse contradictorio) o sociales (evitar la crítica pública) para mantener esa valoración al momento de fallar el asunto en su mérito, aunque de las alegaciones de las partes y de las pruebas introducidas al proceso se forme otra convicción.”²¹*

Siguiendo esta línea de razonamiento, nos preguntamos entonces si la tensión a la que alude el autor se vería incrementada cuando se trata de medidas cautelares innominadas, como ocurre en el procedimiento de reparación por daño ambiental, objeto de estudio de este trabajo.

2.4. Regulación nacional e internacional

¹⁸ BORDALÍ, Andrés. *“Proceso Civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía”*. Primera Edición. Editorial Legal Publishing. 2013. Santiago. pp. 16-17.

¹⁹ CASTILLO, Luis. *“El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español”* [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de las UNAM. México. 2007. p. 129.

²⁰ BORDALÍ, Andrés. *“Proceso Civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía”*. Primera Edición. Editorial Legal Publishing. 2013. Santiago. p. 21.

²¹ BORDALÍ, Andrés. *“Proceso Civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía”*. Primera Edición. Editorial Legal Publishing. 2013. Santiago. p. 22.

La imparcialidad del juzgador es una de las garantías constitutivas del debido proceso y se encuentra regulada por el derecho internacional de los derechos humanos en diversos tratados internacionales. En efecto, la imparcialidad es reconocida en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8° N° 1); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10°); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1.) y en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 6°).

En nuestro país, la Constitución Política de la República establece en el inciso quinto del artículo 19 número 3° la garantía fundamental del debido proceso. Sin embargo, la garantía a un juez imparcial no se encuentra expresamente consagrada ni en la Constitución ni en las normas de rango inferior.

El camino que el legislador chileno ha escogido para proteger la imparcialidad de los jueces se observa en las causales de impugnaciones y recusaciones reguladas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. Estas instituciones han venido a objetivar taxativamente determinadas situaciones subjetivas que implican cierto grado de vinculación entre el juez y el objeto del proceso (imparcialidad objetiva) o entre el juez y los intereses concretos de las partes (imparcialidad subjetiva).²² En efecto, mediante estas causales se impide que el juez o funcionario judicial conozca de determinados asuntos por carecer o presumirse por la ley que carece de la imparcialidad necesaria.

En materia medioambiental, la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales se refiere a este tema al tratar las inhabilidades de los ministros, las que entre otras se refieren al interés personal, de su cónyuge o parientes en una causa, a la posesión de porcentajes del capital de empresas o sociedades ejerciendo cargos de administración en éstas o por haber asesorado o prestado servicios profesionales a alguna de las partes.²³

En definitiva, entendiendo entonces el derecho a un juez imparcial como un elemento definitorio de la jurisdicción y esencial para todo sistema judicial, en este trabajo nos preguntaremos si la dictación de medidas cautelares innominadas infringen la garantía del derecho a un juez imparcial -en su vertiente objetiva- en el contexto de un procedimiento ambiental.

3. NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

²² CHILE. CONGRESO NACIONAL. Código Orgánico de Tribunales (15, junio, 1943). Artículos 195 y 196.

²³ CHILE. CONGRESO NACIONAL. Ley N° 20.600 (28, junio, 2012). Artículo 9°.

Una vez que ya hemos entendido lo que es una medida cautelar innominada y en qué consiste la garantía a un juez imparcial en su dimensión objetiva, corresponde que examinemos cómo operan estas consideraciones en materia medioambiental en Chile.

Para ello en este capítulo analizaremos la nueva institucionalidad ambiental, sus objetivos y organismos que la componen, deteniéndonos especialmente en el procedimiento de demandas de reparación de daño ambiental que conocen los Tribunales Ambientales.

4.1. Contexto y objetivos de la reforma

Desde fines del siglo XX y principios del siglo XXI, comienza a nivel mundial a desarrollarse una fuerte conciencia política y ciudadana sobre temas de conservación y protección del medio ambiente y Chile no quedó ajeno a este proceso.

Hasta comienzos del siglo XIX nuestro país se encontraba sumamente atrasado en materia legislativa ambiental, lo cual se puede explicar por varias razones. En primer lugar, porque existía una alta dispersión normativa ambiental que generaba incertezas para el sector público y privado, sin que existiese una política ambiental uniformada.²⁴ En segundo término, porque el sistema de fiscalización era muy fragmentado y no había criterios de integración entre los diferentes actores²⁵ y, por último, porque tampoco existía un órgano jurisdiccional ambiental que pudieran solucionar los conflictos que se suscitaban.

Andrea Lucas Garín describe esta situación en los siguientes términos: “(...) *Por la década del setenta, la protección de recursos naturales estaba conectada a la noción de propiedad y su adelanto era bastante pobre. Antes de 1990, Chile no tenía una política medioambiental, aunque la Constitución desde 1980 había adoptado cláusulas que hacían directa alusión al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Art. 19 Numeral 8) específicamente desde los setenta el país contaba con políticas sectoriales.*”²⁶

El cambio de enfoque comienza a visualizarse en el año 2010 con la Ley 20.417 crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.²⁷ Con la creación de tres organismos públicos

²⁴ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20417. p. 12. Disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3> [visto el 30 de mayo de 2014]

²⁵ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20.417. p. 13.

²⁶ LUCAS, Andrea. “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: su recepción en la Constitución Chilena reformada”. [en línea]. *Revista de derecho público de la Universidad de Chile*, Volumen 69. Santiago. Chile. 2007. p.4.

Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/PaperJornDchoPubl06LucasGar%EDn.pdf> [visto el 30 de mayo de 2014].

²⁷ CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley N° 20.417. (26, enero, 2010).

se buscó, por una parte, modernizar el sistema anquilosado y poco efectivo que se tenía en materias ambientales y, por otra, asegurar de manera adecuada y eficaz el derecho que tienen todos los ciudadanos, para lograr un desarrollo sustentable y armónico en nuestro país.²⁸

Cada uno de estos organismos cumple diferentes funciones dentro de la nueva institucionalidad ambiental, tal como se explica a continuación:

1. El Ministerio del Medio Ambiente tiene como objetivo “*colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, así como en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa.*”²⁹

En consecuencia, esta institución deberá hacerse cargo de las políticas y regulaciones inherentes al tema medioambiental.

2. El Servicio de Evaluación Ambiental tiene como labor encargarse de la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental “*a través del cual se evalúa y certifica que las iniciativas, tanto del sector público como del sector privado, se encuentran en condiciones de cumplir con los requisitos ambientales que les son aplicables.*”³⁰

3. La Superintendencia del Medio Ambiente tiene como función ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización en materia ambiental y fiscalizar el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, a saber: (a) resoluciones de calificación ambiental; (b) planes de prevención y/o descontaminación; (c) las normas ambientales y correcta aplicación y; (d) los planes de manejo, que se refieran a las acciones a seguir por una empresa para evitar las consecuencias ambientales negativas que podrían generarse.³¹

Este proceso de reforma culmina un par de años más tarde con la dictación de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales publicada en Junio de 2012.³² Los objetivos de esta nueva judicatura -según se expresa en el Mensaje Presidencial del proyecto de ley- fueron los siguientes: (a) disponer de un control jurisdiccional de las decisiones de la autoridad administrativa ambiental; (b) que este control estuviese a cargo de jueces especializados; (c) que los tribunales fuesen un organismo de integración mixta y; (d) que dada la especialización y carácter exclusivo, éstos

²⁸ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20417. p. 4.

²⁹ GOBIERNO DE CHILE, Página oficial del Ministerio de Medio Ambiente, Disponible en: <http://www.mma.gob.cl/1304/w3-propertyvalue-16227.html> [visto el 23 de abril de 2014].

³⁰ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL GOBIERNO DE CHILE, Disponible en: <http://www.sea.gob.cl/contenido/que-es-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental> [visto el 24 de abril de 2014].

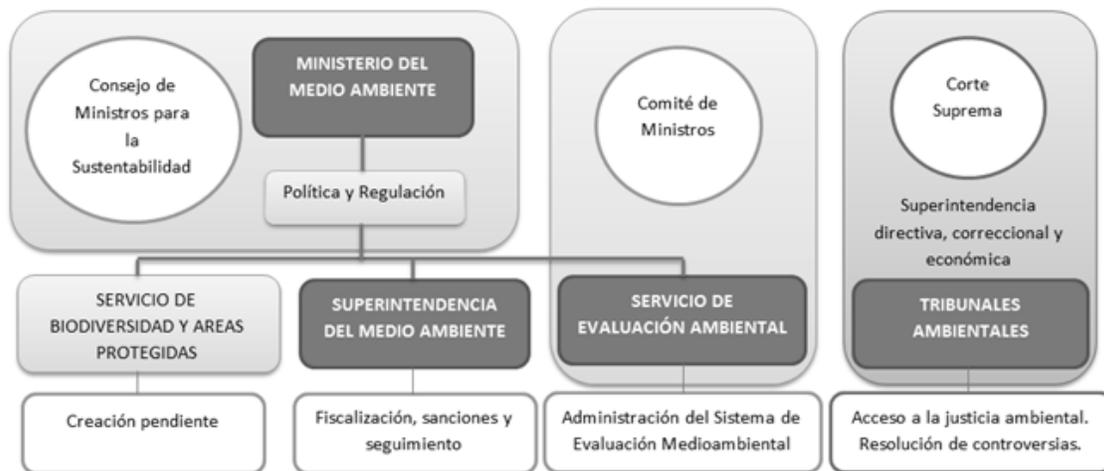
³¹ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.600. p. 5.

³² CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. (28, junio, 2012).

proveyeran de decisiones predecibles, permitiendo otorgar certeza jurídica a todos los interesados.³³

A continuación se presenta un gráfico que ilustra los organismos y relaciones que componen la nueva institucionalidad ambiental en Chile.³⁴

Figura 1. Esquema resumen sobre la nueva institucionalidad ambiental en Chile



4.2. Tribunales Ambientales. Organización, atribuciones y procedimientos.

Los Tribunales Ambientales son “órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medio ambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento.”³⁵

La Ley 20.600 crea tres Tribunales Ambientales, los cuales están establecidos en las ciudades de Antofagasta (Primer Tribunal), Santiago (Segundo Tribunal) y Valdivia (Tercer Tribunal), con competencias en la zona norte, centro y sur de Chile, respectivamente.³⁶

³³ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.600. p.11. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37272/1/HL20600.pdf> [visto el 30 de mayo de 2014]

³⁴ TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO DE CHILE, Disponible en: <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/informacion-institucional/institucionalidad-ambiental/> [visto el 30 de mayo de 2014].

³⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Guía legal sobre Tribunales Ambientales”. Disponible en: <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/tribunales-ambientales> [visto el 24 de abril de 2014].

³⁶ Las disposiciones transitorias de la Ley N° 20.600 prescribieron la entrada en funcionamiento de los tribunales en forma gradual. Así, el Segundo Tribunal Ambiental (Santiago) comenzaría a ejercer sus funciones dentro del plazo de 6 meses contados desde la publicación de esta ley, el cual tendría competencia para conocer de todas las causas mientras no entraran en funcionamiento los otros dos tribunales. El día 4 de

La composición de estos tribunales es algo distinta a la generalidad, porque se trata de un tribunal colegiado conformado por tres ministros, de los cuales “*dos deben contar con título de abogado, ejerciendo la profesión por al menos 10 años con experiencia profesional o académica especializada en derecho administrativo o ambiental*”. Además estos tribunales deben contar con un experto en materias medioambientales que posea el título de “*Licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales con 10 años de ejercicio profesional.*”³⁷

El procedimiento de selección de los ministros integrantes es bastante complejo, pues intervienen diferentes autoridades y organismos públicos, lo que lo hace un procedimiento largo y engorroso. Asimismo, se discute la intervención de los tres poderes del Estado, pues deja sometida la designación de jueces especializados a acuerdos políticos, lo que resulta grave a la hora de analizar la verdadera independencia que estos gozan respecto del gobierno de turno.³⁸

En relación a esta materia, se ha señalado que “Las altas exigencias laborales y/o académicas para postular al cargo de ministro de un Tribunal Ambiental –que implica superar el proceso de selección que realiza el Consejo de Alta Dirección Pública, integrar la quina propuesta por la Corte Suprema, disponer del voto de los tres quintos miembros en ejercicio del Senado y ser designado Ministro del Tribunal Ambiental por el Presidente de la República- lo transforman en uno de los procesos más complejos y

marzo de 2013 dicho tribunal comenzó sus actividades jurisdiccionales. Los otros dos tribunales entrarían en funcionamiento en el plazo de 12 meses contados desde la publicación de la ley. Actualmente, se encuentra en funcionamiento solo el Tercer Tribunal Ambiental (Valdivia) que inició sus actividades el día 9 de Diciembre de 2013, mientras que el Primer Tribunal Ambiental (Antofagasta) aún no lo hace. Ello parece deberse a la dificultad de escoger a los candidatos, ya que se evidenció un proceso altamente exigente y extenso en donde existieron complicaciones y diferencias de criterios sobre el perfil de los ministros. En el caso de la composición y establecimiento del tribunal de Antofagasta, el reclutamiento fue particularmente difícil debido a las altas exigencias del cargo, las inhabilidades propias de él, lo extenso del proceso de selección, y, particularmente en esta zona minera, la renuncia económica que implicaba ejercer el cargo en comparación al ejercicio privado de la profesión, siendo prueba de esto que a finales de febrero de 2014 ya se habían realizado tres concursos sin resultados satisfactorios.

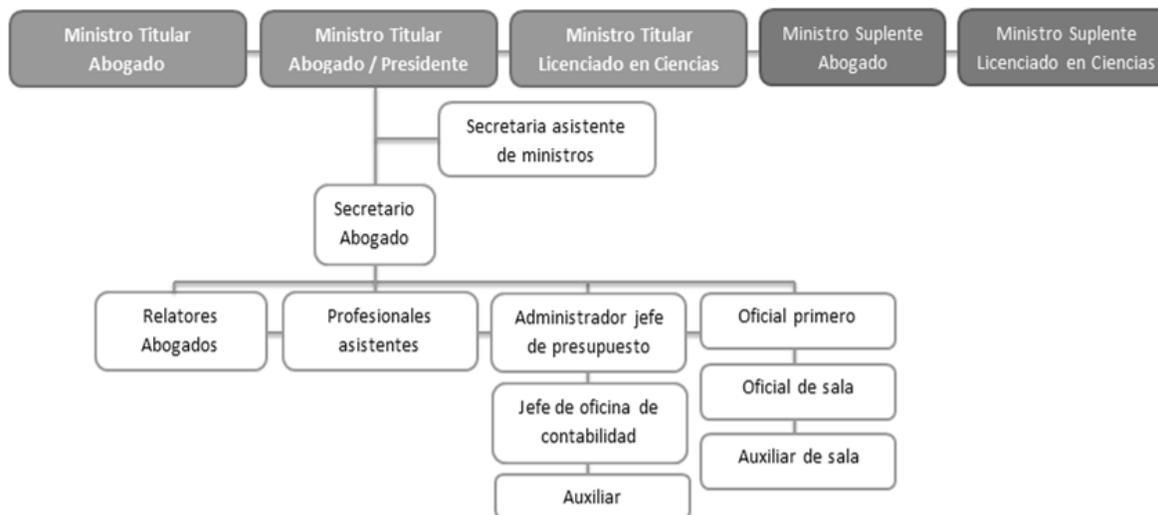
³⁷ Como se señaló anteriormente, actualmente se encuentran funcionando el Tribunal Ambiental de Santiago y el de Valdivia, en consecuencia, dichos tribunales, una vez realizado el proceso de selección pertinente, designaron a los ministros “expertos en materias medioambientales”. En ambos casos, dichos ministros titulares poseen el título de Ingeniero Comercial, además de haber realizado variadas actividades complementarias que se relacionan con las ciencias naturales y el medio ambiente. En el caso de Santiago el ministro designado es Sebastián Valdés de Ferrari, mientras que en Valdivia el ministro designado es Roberto Pastén Carrasco. Para acceder a sus registros académicos y laborales puede visitar la página web oficial de cada tribunal [Santiago: <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/informacion-institucional/estructura-del-tribunal/ministros/> Valdivia: <http://www.tercertribunalambiental.cl/estructura-del-tribunal/>]

³⁸ La estructura del procedimiento de selección consta de 4 etapas que están a cargo de 4 órganos diferentes; del Consejo de Alta Dirección Pública, de la Corte Suprema, del Presidente de la República y, en último lugar, del Senado. Para conocer en detalle de qué se encarga cada órgano, se puede visitar la página web oficial del Tribunal Ambiental de Santiago. Disponible en: <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/informacion-institucional/estructura-del-tribunal/nombramiento-de-integrantes/> [visto el 30 de mayo de 2014]

*burocráticos. Ello lo hace incierto en resultados, inhibitorio para potenciales candidatos y cuestionable para algunos.*³⁹

Para entender de forma más ilustrativa la composición de nuestros tribunales ambientales adjuntamos el siguiente organigrama, que grafica la estructura de cada tribunal.⁴⁰

Figura 2. Organigrama sobre la estructura de los tribunales ambientales chilenos



Ahora bien, en relación a los procedimientos que deben conocer los Tribunales Ambientales, la Ley 20.600 regula los siguientes:

1. Procedimiento de reclamación, en virtud del cual una persona natural o jurídica puede reclamar en contra de las resoluciones administrativas dictadas por la Superintendencia u otro órgano administrativo ambiental.⁴¹
2. Procedimiento para la solicitud de autorización de medidas provisionales, el cual tiene por finalidad evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas.⁴² Como su nombre lo indica, se refiere a la entrega de una autorización por parte del tribunal para que la Superintendencia de Medio Ambiente pueda utilizar alguna de las medidas provisionales del artículo 48 de la ley 20.417, en especial las letras c), d) y e), como por ejemplo, el cierre de una empresa o fábrica hasta que se cumplan con los requisitos medioambientales establecidos.⁴³

³⁹ PLUMER, Marie. “Los tribunales ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental”. *Anuario de Derecho Público UDP 2013*, Primera Edición. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. 2013. p. 302.

⁴⁰ TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO DE CHILE. Página web institucional del Tribunal Ambiental de Santiago de Chile. Disponible en: <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/informacion-institucional/estructura-del-tribunal/organigrama-del-tribunal/> [visto el 30 de mayo de 2014].

⁴¹ CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. Artículos 27 a 31.

⁴² CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. Artículo 32.

⁴³ CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley 20.417. (12, enero, 2010)

3. Procedimiento de demandas de reparación de daño ambiental, el cual pretende determinar la responsabilidad culposa o dolosa de quien ha producido un daño al medio ambiente, tomando las medidas necesarias para evitar que el daño aumente o repararlo materialmente.⁴⁴

4.3. Procedimiento de demandas de reparación por daño ambiental

La Ley 20.600 establece, entre los artículos 33 y 44, el procedimiento a seguir para las demandas de reparación por daño ambiental. Entre las principales características de este procedimiento encontramos su carácter público, predominantemente escrito, concentrado, con impulso procesal de oficio y la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica. Sin perjuicio de las normas contenidas en esta ley, el artículo 47 consagra la supletoriedad de las disposiciones de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.⁴⁵

El procedimiento de reparación por daño ambiental se puede iniciar por medio de una demanda o una medida prejudicial, existiendo un control de admisibilidad sobre la base de los requisitos indicados en el artículo 33, éstos son, la solicitud expresa de la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado, la condena de éste a repararlo materialmente y aquellos requisitos generales exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la presentación de la demanda.

Luego, se otorga traslado para la contestación, por un plazo de 15 días. En el caso de interponerse excepciones dilatorias, éstas no suspenden el procedimiento, salvo la de incompetencia del tribunal. Una vez contestada la demanda, el Tribunal Ambiental debe decidir si recibe o no la causa a prueba. Sin perjuicio de esa decisión, con posterioridad se realiza una audiencia, la cual concentra los trámites de conciliación, prueba (existe amplia admisibilidad de medios de pruebas) y los alegatos orales de las partes. La audiencia se realiza en una fecha no superior a 30 días contados desde la resolución que no reciba la causa a prueba y no antes de 20 ni después de 30 días, de la resolución que si lo haga.

Terminada la audiencia, el Tribunal Ambiental debe citar a las partes a oír sentencia y dictar fallo dentro de un plazo de 30 días, el cual puede ampliarse hasta cinco días, por razones fundadas. Dentro de este plazo, el tribunal puede decretar medidas para mejor resolver, las que deben cumplirse dentro del plazo de 15 días, contado desde la

⁴⁴ CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. Artículos 33 a 44.

⁴⁵ Actualmente el procedimiento civil en Chile tiene un carácter público, escrito, de lato conocimiento, el cual es impulsado por una parte, se rige por el principio dispositivo y la valoración de la prueba se somete a las reglas de la prueba legal o tasada. Sin embargo, existe un proyecto de reforma, recién aprobado por la Cámara de Diputados el 11 de mayo de 2014, comenzando su tramitación en el Senado el 21 de mayo de 2014. Esta reforma procesal civil pretende innovar, especialmente respecto al carácter concentrado en una audiencia oral, lo que significará que el procedimiento será esencialmente oral, además será impulsado de oficio y la valoración de la prueba según la sana crítica.

notificación de la resolución que las decreta. Para hacer ejecutar sus resoluciones, el Tribunal Ambiental puede impartir órdenes directas a la fuerza pública o utilizar los demás medios que la ley le otorga.

Respecto a la facultad de este tribunal para decretar medidas cautelares, el artículo 24 de esta ley, señala que “*con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada*”, podrá decretar “*medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento*”. Este punto se desarrollará con detalle en el capítulo siguiente del trabajo.

5. LAS MEDIDAS INNOMINADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE REPARACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL

En este capítulo analizaremos las características y fundamentos de las medidas cautelares contenidas en el artículo 24 de la Ley 20.600 y su relación con el principio preventivo que inspira esta reforma. Además, revisaremos un caso concreto de aplicación de las medidas cautelares innominadas seguido ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

5.1. Características y requisitos de las medidas cautelares en el procedimiento de reparación por daño ambiental

La Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales en Chile establece una regulación amplia y genérica de las medidas cautelares, a saber:

“Artículo 24.- De las medidas cautelares. Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida.

El Tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del proceso o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente. Podrá decretarlas de oficio o a petición de parte, según corresponda, de acuerdo a las normas generales, debiendo en este último caso resolver mediante resolución fundada, sea de plano o con citación”.

Cuando se soliciten estas medidas, el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos

denunciados. El Tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse.

Deducida oposición o pedido el alzamiento de la medida, deberá adjuntarse a los correspondientes escritos la prueba documental pertinente, debiendo el Tribunal poner las respectivas solicitudes en conocimiento de la parte contraria, citando a una audiencia dentro de un plazo no superior a diez días, en la que escuchará a las partes y resolverá la mantención, modificación o alzamiento de la medida.

En las controversias cautelares sólo se admitirá prueba documental. Las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa.

La cautela innovativa sólo podrá decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable. Si el Tribunal estimare que no concurren las circunstancias que la hagan procedente podrá, de oficio, decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda.

La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará al afectado. Si la medida se hubiere concedido prejudicialmente el solicitante deberá presentar su demanda en el plazo de quince días hábiles contado desde que se concedió la cautela o en el término mayor que fije el Tribunal. Si así no lo hiciera la medida quedará sin efecto de pleno derecho.

Siempre que existiere motivo grave, el Tribunal podrá disponer que las medidas se lleven a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado.” (El énfasis es nuestro).

Como se observa, los Tribunales Ambientales tienen amplias facultades en la dictación de las medidas cautelares, dejando un gran margen de acción a los jueces, ya que no existe un catálogo taxativo de las medidas que se pueden decretar. Por ello, entendemos que la ley otorga a los Tribunales Ambientales la facultad de dictar medidas cautelares innominadas.

Conforme al artículo 24 los tribunales ambientales pueden decretar tanto medidas innovativas como conservativas. Las primeras tienen por objeto modificar un estado de cosas preexistente, siempre y cuando sea inminente un “perjuicio irreparable”, en cambio, las segundas buscan asegurar el resultado de la pretensión.

Para la dictación de estas medidas se debe cumplir con los siguientes requisitos: (a) ellas deben ser necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos al conocimiento del tribunal (*periculum in mora*); (b) deben ser dictadas con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada (*fumus bonis iuris*); y (c) el tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse. Respecto a la prueba de estas medidas, sólo se recibe la prueba documental.⁴⁶

⁴⁶ CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. Artículo 24.

Además, en el caso de las medidas innovativas, si el tribunal estimare que no concurren las circunstancias que la hagan procedente podrá, de oficio, decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda. Es decir, la ley otorga al juez la facultad de modificar la medida solicitada por otra que considere más adecuada. Finalmente, se le confiere al tribunal la facultad de disponer que las medidas se lleven a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan, siempre que existiere motivo grave.

5.2. Fundamento de las medidas cautelares. Principio preventivo vs. Principio precautorio

Cuando se analizan los fundamentos de las medidas cautelares en conflictos medioambientales se hace referencia a dos principios que rigen en esta materia: el principio preventivo y el principio precautorio.

El principio precautorio se encuentra recogido en la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo del 1992, del siguiente modo: “*Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.*”⁴⁷ (El énfasis es nuestro).

Según sostiene Beatriz Arcila “*las principales razones que llevaron a la formulación de este principio son: en primer lugar, que en materia ambiental es difícil detectar de inmediato los daños generados por determinada actividad; es necesario que transcurra un determinado tiempo para saber cuál fue la afectación real y cierta que se ocasionó. En segundo lugar, porque los correctivos que se toman de manera anticipada tienen un menor costo social, político y económico. En tercer lugar, porque cuando se está frente a un proceso de toma de decisiones, generalmente hay un campo que se deja al azar debido a circunstancias de ignorancia o incertidumbre, y en materia ambiental ese rango de incertidumbre y de azar se constituye en un riesgo para el medioambiente que no se puede asumir y que el principio de precaución busca eliminar al imponerle al generador del riesgo la obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir el daño y de probar que la actividad no es riesgosa para el bien tutelado. En cuarto lugar, se está frente a un derecho colectivo cuya afectación pone en riesgo el interés general y limita las posibilidades de la conservación de la especie humana lo que justifica la adopción de un modelo precautorio.*”⁴⁸

⁴⁷ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo*. 1992.

⁴⁸ ARCILA, Beatriz. “Las medidas cautelares en el proceso ambiental”, *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 23, 2013, Medellín, Colombia, p. 38.

Por otro lado, el principio preventivo “se encarga del riesgo sabido, conocido, verificado, comprobado, real.”⁴⁹ Sostiene Cafferatta que el énfasis preventivo “aunque se apoya a la postre en un dispositivo sancionado, sus objetivos son fundamentalmente preventivos, porque la coacción a posteriori resulta ineficaz, puesto que muchos de esos daños ambientales, de producirse son irreversibles. De manera que la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizás irreparables. Por ello se recomiendan la adopción de estrategias previsoras en etapas precoces del proceso potencialmente dañoso.”⁵⁰

En este sentido Roberto Andorno señala que la “precaución” va más allá de la simple “prevención”. En la “prevención” la peligrosidad de la cosa o actividad ya es bien conocida (por ejemplo, el uso de automóviles o el consumo de tabaco), y lo único que se ignora es si el daño va a producirse o no en un caso concreto. En cambio, en la “precaución”, la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido científicamente comprobada de modo pleno, sino que solo existe una sospecha fundada de que pueda existir.⁵¹

Así, la diferencia entre el modelo o enfoque preventivo y el modelo anticipativo o precautorio radica en que el primero se apoya en la certeza científica del riesgo de daño ambiental, mientras que en el segundo es consustancial a su propia definición la ausencia de certeza científica absoluta acerca de la probabilidad del riesgo.⁵²

En el caso chileno una primera aproximación al principio de la prevención o principio preventivo se encuentra en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República, que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el deber del Estado de velar por que este derecho no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza.

⁴⁹ CAFERRATTA, Néstor. “Los principios y reglas del Derecho ambiental” [en línea]. Conferencia en *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*. Asunción, Paraguay. 20-30 Mayo 2008. p. 53. Disponible en:

<http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf> [visto el 21 de junio de 2014]

⁵⁰ CAFERRATTA, Néstor. “Principio de Prevención en el derecho ambiental”. [en línea]. *Revista de Derecho Ambiental; Doctrina, Jurisprudencia, legislación y Práctica*. Lexis Nexis. Noviembre. 2004. Buenos Aires. En: LLORET, Elsa. “El principio preventivo y precautorio en el derecho ambiental”. ¿A qué principio responde la Evaluación de Impacto Ambiental?”. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*. N° 21. 2011. p. 10. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4283316> [visto el 21 de junio de 2014]

⁵¹ ANDORNO, Roberto. “Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos” [en línea]. En: ROMEO-CASABONA, Carlos. “Principio de Precaución, biotecnología y derecho”, Universidad Deusto, Bilbao, 2004. Disponible en: http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf050060-andorno-validez_principio_precaucion_como.htm;jsessionid=1pb5eewodfzml1qf5qyvfm0fk?0&bsrc=ci [visto el 21 junio de 2014].

⁵² ARCILA, Beatriz. “Las medidas cautelares en el proceso ambiental”, *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 23, 2013, Medellín, Colombia, p. 39.

El inciso segundo de la norma citada dispone que *“la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”*, lo que a juicio de Jorge Bermúdez, autorizaría *“a limitar otros derechos y libertades para garantizar la protección al medio ambiente. Puesto de otro modo, en vez de disponer la Constitución en la regulación de un determinado derecho una autorización a la Ley para limitarlo, lo que hace (...) es autorizar al legislador a establecer limitaciones a otros derechos para protegerlo.”*⁵³

Por su parte, en el Mensaje Presidencial del proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente se define expresamente el principio preventivo como aquel que *“pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales”*. Y agrega que *“no es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos.”*⁵⁴ Éste constituye el primer reconocimiento expreso de este principio en nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, son varias las instituciones legales que reflejan este principio en la nueva institucionalidad ambiental chilena, tal es el caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁵⁵, los Planes de Prevención y de Descontaminación⁵⁶ y las normas sobre responsabilidad por daño ambiental.⁵⁷

Como se observa, el legislador chileno en materia medioambiental optó por el principio preventivo y no por el precautorio. Sin embargo, cabe señalar que el año 2013, en la última modificación de la Ley General de Pesca y Acuicultura, se incorpora el principio precautorio. El artículo 1º letras b) y c) señala que *“el objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos”*. Consagrando expresamente un “enfoque precautorio” y no solo un “enfoque preventivo”⁵⁸ (El énfasis es nuestro).

⁵³ BERMÚDEZ, Jorge *“Fundamentos de Derecho Ambiental”*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2007. En: GUILLOFF, Matías. “El Dilema del Artículo 19 N° 8 inciso 2”. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. Año 18 - N° 1. 2011, p. 154.

⁵⁴ CHILE. Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley en la Historia de la Ley. (14, septiembre, 1992). Cuenta en Sesión 26, Legislatura 324. Mensaje N° 387-324.

⁵⁵ “Uno de los principales instrumentos para prevenir el deterioro ambiental es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)” Disponible en: <http://www.sea.gob.cl/contenido/que-es-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental> [visto el 15 abril 2014].

⁵⁶ “Tiene por finalidad evitar la superación de una o más normas de calidad ambiental primaria o secundaria, en una zona latente” Disponible en: <http://www.sinia.cl/1292/w3-propertyvalue-15907.html> [visto el 15 abril 2014].

⁵⁷ CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (01, marzo, 1994). Artículo 51 y siguientes.

⁵⁸ CHILE. MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO; SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA. Ley N° 20.657. (01, enero, 2013). Artículo 1º letras b) y c).

Por último, de acuerdo a la Historia de la Ley 19.300, otro de los principios inspiradores de ésta es el “gradualismo” definido del siguiente modo: *“el proyecto no pretende exigir de un día para otro los estándares ambientales más exigentes, ni someter a todas las actividades del país, sin importar su tamaño, a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Tampoco pretende contener todas las disposiciones ambientales que es necesario crear. Muy por el contrario, la intención es comenzar efectivamente un proceso de regulación ambiental del cual este es el primer paso, pero quedando todavía muchos por hacer. En consecuencia, sólo dará el marco general que será aplicable a todas las actividades o recursos respecto de los cuales, posteriormente, se irá creando una legislación especial.”*⁵⁹

5.3. Las medidas cautelares en la práctica

Con el fin de conocer la aplicación práctica de las medidas cautelares en los procedimientos de reparación por daño ambiental realizamos un levantamiento de información a partir de los expedientes digitales de las causas ventiladas ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

Pudimos constatar que hasta la fecha de cierre de este trabajo han ingresado 20 causas de daño ambiental, en las cuales se ha decretado **solo una medida cautelar**. Lo interesante de este hallazgo es que dicha medida es **dictada de oficio** por el referido tribunal.

Se trata de un caso iniciado en el año 2013 por el Estado de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, en contra de “Servicios Generales Larenas Ltda.”, representado legalmente por Patricio Larenas Rioseco.⁶⁰

La demanda se funda en que “Servicios Generales Larenas Ltda.” se encuentra ejecutando obras de extracción de áridos en el cauce del Río Duqueco en la VIII Región del Bío-bío, sin contar para ello con la debida autorización. De acuerdo a lo sostenido por el demandante, las intervenciones antes descritas han generado un gravísimo daño al Río Duqueco e incluso, debido a la erosión, han llegado a comprometer las bases del puente Calderones; poniendo en peligro tanto el ecosistema del lugar, el recurso hídrico y a la población.⁶¹

Una vez recibida la demanda, el Segundo Tribunal Ambiental solicita oficios a diversos organismos públicos para que remitan antecedentes respecto del caso, entre ellos, a la Superintendencia del Medio Ambiente, al Servicio de Evaluación Ambiental,

⁵⁹ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 19.300. (09, marzo, 1994).

⁶⁰ CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Medida Cautelar de Oficio en contra de “Servicios Generales Larenas Ltda.”. 26 de septiembre de 2013. Causa Rol D-6-2013.

⁶¹ Escrito de la demanda. Consejo de Defensa del Estado. Causa Rol D-6-2013.

a la Dirección de Obras Hidráulicas, a la Dirección General de Aguas, al Servicio de Salud de la Región del Bío-bío y a la Municipalidad de Quilleco.⁶²

Con el mérito de esos informes -y antes de antes de que el demandado fuese notificado- el Segundo Tribunal Ambiental dicta de oficio una medida cautelar que consiste en la paralización inmediata de las obras, tal como se transcribe a continuación:

“Por lo señalado precedentemente, esta Magistratura considera que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley N° 20.600, decretando en este acto y de oficio, la paralización inmediata de las obras de extracción y explotación de áridos en el Cauce el río Duqueco, en el sector de Llano Blanco, aguas abajo del Puente Calderones en la comuna de Quilleco, Provincia y Región del Bio Bío, realizadas por la empresa "Servicios Generales Larenas Ltda.", por el tiempo que dure el proceso por daño ambiental seguido ante este Tribunal.”⁶³ (El énfasis es nuestro).

Según se señala en la resolución antes referida, la medida decretada se funda en el oficio remitido por la Dirección General de Aguas de la Región del Bío-bío, donde se constata que, por una parte, las faenas de extracción y procesamiento continúan, incumpliendo la resolución N° 1442 de la DGA⁶⁴ y, por otra, que estas obras modifican las características de escurrimiento del Río Duqueco, generando un alto riesgo de degradación y descenso del lecho. Estos efectos podrían alcanzar la estructura vial ubicada aguas arriba (el puente Calderones), comprometiendo su estabilidad y agravando los efectos erosivos en propiedades colindantes.

Llama la atención que esta resolución sea breve y no se observe un desarrollo de los fundamentos por los cuales se decreta la medida, específicamente sobre cómo se verifican en el caso concreto los requisitos que la ley impone. A nuestro juicio, ello podría dificultar la defensa de la parte contra quien ha sido decretada (aun cuando en este caso se encuentra rebelde), pero en especial, podría limitar el control de la imparcialidad judicial por parte del demandado.

Sin embargo, en la conversación sostenida con algunos miembros del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, un desarrollo escueto o breve de los fundamentos de la dictación de la medida cautelar decretada tiene precisamente como objetivo preservar la imparcialidad objetiva del tribunal, pues mientras menos indicios o juicios

⁶² CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Resolución “Oficiense”. 23 de agosto de 2013. Causa Rol D-6-2013.

⁶³ CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Medida Cautelar de Oficio en contra de “Servicios Generales Larenas Ltda.”. 26 de septiembre de 2013. Causa Rol D-6-2013.

⁶⁴ CHILE. Dirección General de Aguas del Bío-bío. Resolución Exenta N° 1442. 09 de noviembre de 2011. En esta resolución el órgano administrativo constata la actividad extractiva, la construcción de un pretil para el ingreso de maquinaria pesada al río Duqueco y la falta de autorización para llevar a cabo dicha actividad. En virtud de lo anterior dispone que la empresa paralice inmediatamente las obras, restaure el curso de las aguas y suprima la construcción realizada.

se emitan de forma previa a la sentencia es más baja la posibilidad de afectar la imparcialidad o incurrir en prejuzgamiento.

CONCLUSIONES:

Este trabajo tuvo como objetivo analizar si la garantía de la imparcialidad judicial puede verse afectada con la dictación de medidas cautelares innominadas en el procedimiento de reparación de daño ambiental consagrado en la ley chilena.

Sabemos que la imparcialidad es una garantía del debido proceso y, por tanto, es un derecho que todos los sistemas procesales debieran asegurar. Por ello, partimos de la base de que la imparcialidad de los jueces debe presumirse y debemos confiar en que los jueces que han sido preparados para desarrollar de forma adecuada el ejercicio de la función jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo anterior, como Semillero de Derecho Procesal somos conscientes de que existe un riesgo que podría menoscabar esta imparcialidad pues, de lo contrario, no se explicaría la existencia de mecanismos de protección de esta garantía, como ocurre por ejemplo con las impugnaciones o recusaciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales.

El riesgo que observamos estaría dado porque cuando el juez decreta una medida cautelar, sea a petición de parte o de oficio, emite una opinión que exige un nivel de conocimientos de los hechos del caso y luego, una vez terminado el proceso, debe pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida posterior que podría verse influenciada por la opinión previa. Esto es lo que se denomina la “fuerza de la prevención”.

Consideramos que este riesgo se incrementa si se trata de cautelares innominadas, pues implica un proceso de construcción y creación por parte del juez, sea que la medida haya sido solicitada por las partes o haya sido decretada de oficio. En efecto, el juez no está sujeto a un listado taxativo previamente establecido en la ley, por tanto puede decretar la o las medidas que considere necesarias, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

Por último, si dicha medida es decretada de oficio, a nuestro juicio, el riesgo se incrementa aún más, pues es el juez quien debe realizar una labor creativa identificando qué medida será la idónea al caso concreto, supliendo la inactividad de las partes frente a un daño o corrigiendo la solicitud, en el evento que decrete una medida diversa a la solicitada. El juez es quien elabora la medida y, al mismo tiempo, es el impulsor de su dictación.

Sin embargo, luego de la realización de esta investigación consideramos que este riesgo se ve aminorado en la judicatura ambiental, ya que su diseño establece una serie de requisitos y mecanismos que resguardarían la imparcialidad objetiva de los ministros del tribunal a la hora de decretar una medida cautelar.

En primer término, consideramos que la certeza exigida en relación al daño opera como un mecanismo de protección. Tal como se expuso en el cuerpo de este trabajo, el principio que rige la legislación ambiental es el principio preventivo, por lo tanto, en casos en que no se tiene certeza científica sobre si determinada actividad produce o no un deterioro en el medioambiente, en la salud o vida de las personas, el tribunal debe rechazar sin más la medida cautelar o bien podría no decretar una de oficio.

En segundo lugar, el riesgo de afectación a la imparcialidad se ve disminuido debido al carácter técnico de los Tribunales Ambientales y, en especial, por la presencia de un ministro experto en estas materias, quien tal como se señaló precedentemente, debe ser licenciado en ciencias con especialización en materias medio ambientales con 10 años de ejercicio profesional. Los ministros que tienen formación legal confían y complementan sus conocimientos con los estudios y experticia de los ministros técnicos, ya que éstos poseen una formación especializada para poder interpretar la información científica y así evaluar la existencia de un posible daño o la mantención del mismo.

Por otra parte, los Tribunales Ambientales cuando decretan una medida cautelar tienen a la vista los informes técnicos de distintos organismos públicos especializados y una abundante información proporcionada por las partes. Ello fue justamente lo que ocurrió en el Caso del Río Duqueco, donde el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago -como ya se mencionara- solicitó informes a la Superintendencia del Medio Ambiente, al Servicio de Evaluación Ambiental, a la Dirección de Obras Hidráulicas, a la Dirección General de Aguas, al Servicio de Salud de la Región del Bío-bío y a la Municipalidad de Quilleco.

Por último, en el supuesto que las partes consideren que la imparcialidad de alguno de los ministros se ve afectada, podrán hacer uso de las impugnaciones y recusaciones que prevé el Código Orgánico de Tribunales, mecanismos que hasta la fecha no han sido utilizados para inhabilitar jueces ambientales.

Por ello, y respondiendo la pregunta de investigación planteada al inicio de este trabajo, consideramos que si bien la dictación de medidas cautelares podría generar un riesgo a la imparcialidad judicial, especialmente si éstas son innominadas, creemos que este riesgo se justificaría en consideración al bien jurídico protegido que subyace a la nueva institucionalidad ambiental chilena, esto es, la protección del medio ambiente. Si bien la legislación ambiental no lo dice en forma expresa, consideramos que ello se

puede desprender de las instituciones creadas, sus funciones y el impacto de sus decisiones.

Ello se puede colegir de la propia Constitución Política que establece en el artículo 19 N° 8 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se trata además de un derecho constitucional de carácter público y colectivo, que conlleva la protección de otros derechos fundamentales de corte individual, como es la vida o la salud física o psíquica. El constituyente establece la preponderancia de este derecho por sobre otros en determinadas circunstancias, tal como prescribe el inciso segundo del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política.

No podemos dejar de señalar otro aspecto que nos parece medular en este tema. Como ya se ha desarrollado en el trabajo, en nuestro sistema medio ambiental rige el principio preventivo, en virtud del cual se exige un daño cierto. No obstante -siguiendo el principio número 15 de la Declaración de Río- somos de la idea de que nuestro país debiera avanzar de forma paulatina hacia un modelo en que el principio precautorio sea la piedra angular de la legislación ambiental.

Somos conscientes de que esta postura podría acarrear mayores riesgos para la imparcialidad objetiva de los ministros de los Tribunales Ambientales, especialmente en aquellos casos difíciles donde no existe certeza científica respecto al daño ambiental. Sin embargo, asumimos dicho costo en virtud del bien jurídico protegido que generalmente, como ya hemos dicho, nos involucra a todos y a un conjunto de derechos relacionados entre sí. Además, en caso de ser patente o grave la afectación a la imparcialidad, las partes siempre podrán recurrir a las vías legales ya establecidas.

Creemos que nuestra postura es coherente con el principio del gradualismo contenido en la historia de la ley 19.300, en virtud de la cual se busca que con el pasar de los años se vaya avanzando hacia una legislación ambiental que cumpla con los estándares internacionales. Nos parece que una manifestación de este avance progresivo y gradual se observa en la modificación de la Ley de Pesca del año 2013, donde se consagró expresamente y por primera vez en Chile, un enfoque precautorio.

Es probable que si se avanza en pos del principio precautorio con más fuerza, las solicitudes de medidas cautelares aumenten y también las que se decreten de oficio. En ese caso, la mantención de una potestad cautelar amplia del juez se justificaría, pues permite ajustarse de la forma más adecuada al caso concreto que pueda presentarse, atendiendo a las características propias de la materia en cuestión. Si bien en dichos casos podría presentarse alguna una colisión con la imparcialidad, como dijimos, siempre será posible recurrir a los mecanismos de protección establecidos en la legislación general, de forma tal que, en definitiva, no vemos que exista una grave afectación al derecho al juez imparcial en su dimensión objetiva.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

1. Andorno, Roberto. “*Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos*” [en línea].
2. Arcila, Beatriz. “Las medidas cautelares en el proceso ambiental”, *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 23, 2013, Medellín, Colombia, p. 38.
3. Bejarano, Adriana. “*Aplicación y regulación de las medidas cautelares en materia ambiental por el Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica*” [en línea].
4. Bermúdez, Jorge. “*Fundamentos de Derecho Ambiental*” Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso. 2007.
5. Bordalí, Andrés. “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno” [en línea]. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° XXXIII. Segundo semestre de 2009. Valparaíso, Chile.
6. Bordalí, Andrés. “*Proceso Civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*”. Primera Edición. Editorial Legal Publishing. 2013. Santiago. pp. 16-17.
7. Caferratta, Nestor. “Los principios y reglas del Derecho ambiental” [en línea].
8. Cafferatta, Néstor. “Principio de Prevención en el derecho ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental; Doctrina, Jurisprudencia, legislación y Práctica*. Lexis Nexis, Noviembre 2004. Buenos Aires.
9. Calamandrei, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires. Bibliográfica Argentina. 1945. p. 45.
10. Castillo, Luis. “*El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español*” [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de las UNAM. México. 2007. p. 128.
11. Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil, trad. de Gómez Orbaneja*, Madrid, Revista de Derecho Privado. 1936. pp. 299-301.
12. Couture, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3° Edición (póstuma) Buenos Aires. Edición Depalma. Buenos Aires. 1962. p. 326.

13. Fabrega, Jorge, Arnulfo, Adan. “Medidas Cautelares Innominadas” [en línea]. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen n°8. 1989. p. 114.
14. Ferrajoli, Luigi. “*Derecho y razón*”. Editorial Trotta,. Madrid. Octava Edición. 2006. p. 581.
15. Lucas, Andrea. “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: su recepción en la Constitución Chilena reformada” [en línea]. *Revista de derecho público de la Universidad de Chile*. Volumen 69. Santiago, Chile. 2007. p.4.
16. Patiño, Alberto. “Algunas consideraciones sobre la imparcialidad como virtud suprema del juez” [en línea].
17. Plumer, Marie. “Los tribunales ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental”. *Anuario de Derecho Público UDP 2013*. Primera Edición. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. 2013. p. 302.
18. Poklepovic, Iván. “Compatibilidad del recurso de protección ambiental con la competencia del tribunal ambiental en el contencioso administrativo del sistema de evaluación impacto ambiental”. En: *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*. Primera edición. Editorial Abeledo Perrot, Santiago. Chile. Agosto de 2012. p. 503-520.
19. Rangel, Arístides. “Medidas Cautelares Innominadas” [en línea]. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen n°8. 1989. p. 91.
20. Soulier, Alejandro. “*La imparcialidad del Juez no es un atributo inherente a su persona sino un desafío cotidiano en su Deber de Procesar y Juzgar*” [en línea].
21. Tavolari, Raúl “*Tribunales, Jurisdicción y Proceso*”. Primera Edición. Editorial Jurídica. Santiago. 2012. p. 54.
22. Trujillo, Isabel. “*Imparcialidad*” [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2007. p. 70.

2. Normas legales:

1. CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (01, marzo, 1994).

2. CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley N° 20.417 (12, enero, 2010).
3. CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. (28, junio, 2012).
4. CHILE. CONGRESO NACIONAL. Código Orgánico de Tribunales. (15, junio, 1943).
5. CHILE. MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO; SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA. Ley N° 20.657. (01, enero, 2013).
6. CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 19.300. (09, marzo, 1994).
7. CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 20417. (26, enero, 2010)
8. CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.600. (28, junio, 2012)
9. CHILE. Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley en la Historia de la Ley. (14, septiembre, 1992). Cuenta en Sesión 26, Legislatura 324. Mensaje N° 387-324.
10. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo*. 1992.
11. **Jurisprudencia**
12. CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Medida Cautelar de Oficio en contra de “Servicios Generales Larenas Ltda.”. Causa Rol D-6-2013. (26, septiembre, 2013)
13. CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Escrito de la demanda, Consejo de Defensa del Estado. Causa Rol D-6-2013
14. CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Resolución “Ofíciase”. Causa Rol D-6-2013. (23, agosto, 2013)

3. Páginas web:

1. TRIBUNAL AMBIENTAL DE CHILE. <<http://www.tribunalambiental.cl/>>

2. GOBIERNO DE CHILE, Página oficial del Ministerio de Medio Ambiente.
3. < <http://www.mma.gob.cl/1304/w3-propertyvalue-16227.html>>
4. SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL GOBIERNO DE CHILE. < <http://www.sea.gob.cl/contenido/que-es-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental>>
5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Guía legal sobre Tribunales Ambientales”. <<http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/tribunales-ambientales>>
6. SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN AMBIENTAL.<<http://www.sinia.cl/1292/w3-propertyvalue-15907.html>>
7. Expedientes digitales de las causas del Tribunal Ambiental. < <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/consulta-de-causas/>>

EL ROL DEL JUEZ FRENTE A LOS CRITERIOS DE PROCEDENCIA EN EL
DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL
CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO*

Semillero de Derecho Procesal de la Universidad
Francisco de Paula Santander, Seccional Cúcuta**

*Angie Marcela Carrero Mendoza, Cristian David Diaz Muñoz, Dayan Garcia Galvis,
Didier Sneyder Barrera Salamanca, Ingrid Katherine Hernandez Niño,
Leidy Yulieth Carrillo Arango, Paula Andrea Beltrán Patiño,
Juan Pablo Romero Navarro. Samuel Eduardo Becerra Bohórquez,
Wendy Lorena Velasquez Rodriguez*

Director: Carlos Alberto Colmenares Ortiz¹

“Las leyes en sí mismas no son ni buenas ni malas, sino que las hacen buenas o malas los encargados de aplicarlas; y el éxito de la empresa de la justicia en una sociedad depende de la calidad y la sensibilidad jurídica y humana de sus jueces”. Chiovenda.

RESUMEN

Los estudiantes del Programa de Derecho de la Universidad Francisco de Paula Santander Seccional Cúcuta, movidos por el espíritu investigativo que tiene la

* Artículo inédito. Recibido

Este artículo, es la base de la ponencia presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre del 2014, en la ciudad de Cartagena.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Francisco de Paula Santander, Seccional Cúcuta.

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Francisco de Paula Santander, Seccional Cúcuta.

comunidad universitaria y con el ánimo de servir a quienes tienen a cargo la administración de justicia, en esta ocasión, hemos decidido estudiar “El Papel fundamental del Juez frente a los Criterios de Procedencia en el Decreto de las Medidas Cautelares Innominadas en el Código General del Proceso”, partiendo de la problemática surgida en otros ordenamientos jurídicos, es por ello, que se ha realizado un estudio de la doctrina clásica y latinoamericana actual, encontrando el semillero que la generalidad de la norma, la inexperiencia del juez y la novedad de las medidas, se proyectan como un problema a futuro en el país; por ello, el semillero a modo de conclusiones establece los criterios necesarios para el funcionamiento de las medidas cautelares innominadas dentro de nuestro ordenamiento.

Palabras Clave: Medidas cautelares innominadas, Código General del Proceso, Criterios de Procedencia, Rol del Juez, Tutela jurisdiccional efectiva.

ABSTRACT

The students from the Law program of the University Francisco de Paula Santander, sectional Cúcuta, moved by the spirit of research that has the university community and with the aim to serve those charged with the administration of justice, this time, we decided to study "The fundamental role of the judge against the criteria in decree origin of the unnamed precautionary measures in the General Code of Procedure ", based on the problems arising in other jurisdictions, is why it has made a study of the current classical and Latin American doctrine. Finding the seed that the generality of the rule, the inexperience of the judge and the novelty of the measures, is projected as a problematic future in the country; therefore, the conclusions hotbed mode sets the criteria for the operation of the unnamed precautionary measures within our system.

Key Words: Unnamed precautionary measures, General Code of Procedure, Origin criteria, Role of the Judge, effective judicial protection.

CONTENIDO

1. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA COMO PRINCIPIO QUE INSPIRÓ AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO
2. LAS MEDIDAS CAUTELARES
 - 2.1 Concepto
 - 2.2 Doctrina Constitucional
 - 2.3 La medida cautelar innominada
 - 2.3.1 De la discrepancia que divide a la Doctrina latinoamericana
 - 2.3.2 La medida cautelar innominada en el Código General del Proceso colombiano

2.3.2.1 Criterios de procedencia presentes en la norma, fundamentados desde la Doctrina

2.3.2.1.1 El *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*

2.3.2.1.2 La necesidad, efectividad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

4. CONSIDERACIONES DEL SEMILLERO

4.1 Las medidas provisionales en materia de tutela, una experiencia que puede evitar la problemática proyectada

4.1.1 Criterios de procedencia

4.2 Aspectos relevantes extraídos de la Doctrina y el Derecho comparado latinoamericano para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso colombiano

4.2.1 Carácter instrumental

4.2.2 Carácter rogado

4.2.3 Disponibilidad del juez frente a las medidas

4.2.4 Operancia de la caución

4.2.5 Control de convencionalidad

5. DE LA OBSERVANCIA E IMPORTANCIA DEL PAPEL DEL JUEZ PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

1. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA COMO PRINCIPIO QUE INSPIRÓ AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

El nuevo Código General del Proceso (C.G.P de aquí en adelante), que reemplazará al Código de Procedimiento Civil en Colombia (C.P.C de aquí en adelante), claramente representa un cambio positivo en lo que a esta rama del Derecho se refiere, pues tal y como lo anota BERIZONCE: “*un código procesal más que un logro académico constituye una obra política, un modelo de política procesal que para resultar útil ha de atender a las circunstancias y realidades del medio en que deba aplicarse*”¹. Y a eso precisamente es que le apuntó el legislador en este caso, pues al observar la realidad de los procesos civiles en el país, evidentemente estos, en algunos casos no brindaban garantía o justicia alguna a los ciudadanos debido a su demora, lo cual es confirmado por un estudio del Doing Business 2011 donde se puede constatar que: “*Colombia ocupa en el contexto mundial el puesto 178 entre 183 países, siendo entonces la justicia*

¹ BERIZONCE, Roberto Omar, “*Recientes Transformaciones del Proceso Civil, XXVI Congreso de Colombiano de Derecho Procesal*”, XXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2005, pág. 979

colombiana, la sexta más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe. Dicha posición fue confirmada en el estudio *Doing Business 2012*, según el cual Colombia se encuentra en el puesto 177 entre 183 países (séptima justicia más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe)²; por ende es que se hizo necesario este nuevo código, que con todas sus nuevas herramientas e innovaciones, permitirá al juez como director del proceso impartir justicia de manera rápida y eficaz, con el fin de que los fallos no se queden solo en el papel.

Esa importancia de la efectividad es la finalidad misma del proceso, derivada del principio procesal que inspiró a todo el C.G.P, la tutela jurisdiccional efectiva, que según FAVELA, es un derecho subjetivo de las partes para acceder a jueces imparciales y recibir de la jurisdicción, dentro de un proceso equitativo y razonable, una decisión motivada sobre las pretensiones de las partes y la ejecución de esta decisión³.

En este sentido, las leyes procesales se configuran como el medio idóneo para materializar la protección real de los derechos, consistente en la “*efectiva y real viabilidad de la obtención de una tutela del derecho material*”⁴ con procedimientos acordes a nuestra realidad social donde se materialicen los principios de nuestra Constitución Política, en donde el juez como director del proceso pueda tomar las medidas necesarias para asegurar la ejecución de la sentencia⁵, así como la disposición de “*instrumentos imprescindibles al adecuado ejercicio de su poder*”⁶ para que el mismo sujeto, cumpliendo con su deber de proveer una tutela jurisdiccional efectiva, proteja idóneamente el derecho material alegado y así se busque la certidumbre de la posterior decisión, es por eso, que la integración de las medidas cautelares innominadas en el C.G.P colombiano tiene su fundamento y razón de ser en la búsqueda de un proceso justo que brinde protección inmediata a los derechos que se ven amenazados, es por ello, que actualmente el proceso no debe ser visto como una mera secuencia de trámites y de audiencias, sino como un mecanismo que debe proporcionar el Estado a sus ciudadanos para que estos puedan exigir justicia, y no una justicia formal, de papeles, sino una justicia material, que se manifieste en la sociedad, una justicia que brinde seguridad, que de un modo u otro incide en la calidad de vida de todos los colombianos y nos acerca a la paz anhelada por todos.

² GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio, et al, “*Informe de ponencia para primer debate proyecto de Ley número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara*”, Gaceta del congreso: Senado y Cámara, N° 114, 2012, Bogotá D.C., Imprenta Nacional de Colombia, pp. 2-3. <http://www.notinet.com.co/pedidos/Gaceta114-2012.pdf>, Fecha de consulta: 11 de junio de 2014

³ OVALLE FAVELA, José, “*Bases constitucionales para un proceso civil justo*”, XXVIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2007, pp. 773-774.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, “*Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*”, XXXIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2012, p. 961.

⁵ *Ibíd.*, p. 979

⁶ *Ibíd.*, p. 968

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Teniendo como presupuesto que la expedición del C.G.P tuvo como una de sus finalidades la búsqueda de la tutela jurisdiccional efectiva, el legislador con la necesidad de cumplir con ese objetivo, estableció dentro de ese compendio legal una serie de herramientas y de innovaciones dentro de las cuales puede encontrarse la figura que será analizada en este escrito, la medida cautelar innominada. Para el desarrollo de esta investigación el semillero inició con el estudio de la doctrina clásica y latinoamericana actual para dar respuesta al problema que se plantea más adelante.

2.1 Concepto

Las medidas cautelares han sido objeto de pronunciamientos en innumerables ocasiones por la Doctrina, por ello partiremos de lo clásico a lo actual para construir un concepto claro y preciso que nos ayudara a entender el tema de investigación.

En Italia, CALAMANDREI, al referirse a las medidas cautelares, ligó su concepto a los principios de la celeridad y la ponderación al anotar que: *“Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente”*⁷.

En Argentina, MARTÍNEZ BOTOS citando a los autores OSCAR SERANTES PEÑA y JORGE F. PALMA menciona que: *“todo proceso demanda un tiempo considerable para su decisión y es probable que durante su sustanciación se produzcan hechos que tornen imposible el cumplimiento de lo resuelto por la sentencia definitiva. Entonces, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible su cumplimiento”*⁸.

Coincidiendo con lo anterior, ALFREDO J. DI IORIO afirma que *“las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento. Conviene retener desde ya que esta finalidad que conecta directamente la actividad cautelar con la posibilidad concreta de poder cumplir eventualmente el mandato judicial emanado de la sentencia”*⁹.

Ahora bien, en nuestro concepto, la medida cautelar es un instrumento fundamental para garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia, toda vez que, permite que el transcurrir del tiempo no afecte la materialización de los derechos

⁷ CALAMANDREI, Piero., *“Providencias Cautelares”*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina Cangallo 860, 1984, pp. 43-44

⁸ MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *“Medidas cautelares”*, ed. 4ª, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999, p 27.

⁹ DI IORIO, Alfredo J., *“Temas de derecho procesal”*, Buenos aires, Editores Depalma, 1985, p 89.

sustanciales. Es por ello, que dentro de nuestro Estado Social de Derecho, asegurar la efectividad de la sentencia con las medidas cautelares, genera la protección del derecho en litigio que eventualmente se ve amenazado y nos lleva a lograr armonía y paz en la sociedad.

2.2 Doctrina Constitucional

En este país, la medida cautelar ha sido entendida por la jurisprudencia de sus Altas Cortes como *“instrumentos procesales que tienen por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura mientras se adelante y concluye la actuación respectiva”*¹⁰; en Sentencia C-379 de 2004 se dijo de una manera más simplificada que las medidas cautelares son *“aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso”*¹¹.

Manuel Alberto Restrepo Medina haciendo un análisis de la tutela cautelar, manifestó que la Corte Constitucional colombiana se había pronunciado en Sentencias que datan desde 1994 hasta el 2005 aproximadamente, acerca de la noción, naturaleza, finalidad y características de las medidas cautelares¹², al analizar esos pronunciamientos, pueden apreciarse características como la jurisdiccionalidad en las Sentencias C-431 de 1995, C-774 de 2001, C-431 de 1995, C-733 de 2000 y C-798 de 2003; instrumentalidad en la Sentencia C-431 de 1995; provisionalidad en las Sentencias C-431 de 1995, reiterada en las Sentencias C-774 de 2001, C-054 de 1997, C-187 de 1999, C-840 de 2001 y C-324 de 2000; sumariedad en la Sentencia C-925 de 1999 reiterada por las Sentencias C-490 de 2000, C-634 de 2000, T-640 2003 y C-490 2000; urgencia en la Sentencia C-490 de 2000; mutabilidad en la Sentencia C-054 de 1997 reiterada en las Sentencias C-187 de 1999 y C-840 de 2001; preventividad en las Sentencias C-1007 de 2002 y T-558 de 2003; accesoriedad en Sentencia C-774 de 2001, y taxatividad en Sentencia C-774 de 2001 y C-484 de 2002 reiteradas en las Sentencias C-485 de 2003, C-775 de 2003 y C-288 de 2002¹³, han sido evidentemente desarrollados por la jurisprudencia colombiana, marcando un precedente que debe tenerse en cuenta con mayor cuidado y observancia en el decreto de las medidas cautelares. Asimismo, criterios de procedencia como la verosimilitud del derecho (*fumus bonis juris*) en Sentencia C-840 de 2001, reiterada en

¹⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-788 de 12 de noviembre de 2013, Magistrado Ponente. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Referencia: Expediente T-3.956.130

¹¹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad C-379 de 27 de abril de 2004, Magistrado Ponente. Alfredo Beltrán Sierra, Expediente D-4974

¹² Para tal efecto, es pertinente analizar el siguiente estudio jurisprudencial, RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, “Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela cautelar judicial”, Vniversitas, N° 112 julio-diciembre, 2006, Bogotá D.C., [s.n.], 63-90, http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/Restrepo3correg_000.pdf, fecha de consulta: 6 de junio de 2014

¹³ *ibíd.*, pp. 71-75

la Sentencia C-485 de 2003 y C-1007 de 2002, la existencia del peligro *periculum in mora*) en Sentencia C-925 de 1999 y C-379 de 2004, y la contracautela en Sentencia C-925-99, reiterada en las Sentencias C-485 de 2003, C-925 de 1999 y C-490 de 2000¹⁴, han sido desarrollados por el órgano constitucional, requisitos, que como se podrá apreciar más adelante, son de vital importancia para el tema que ocupa en este momento al semillero.

2.3 La Medida Cautelar Innominada

Dentro de la clasificación de las medidas cautelares encontramos, que algunas están revestidas de un carácter atípico, las cuales han sido definidas por la doctrina así:

MABEL DE LOS SANTOS sostiene que: “La llamada “cautela genérica o innominada o indeterminada” consiste en el dispositivo que permite cubrir las lagunas legislativas del sistema cautelar, pues por su intermedio es posible obtener que el juez disponga la medida más eficaz para asegurar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, aun cuando la dispuesta no se encuentre prevista legalmente”¹⁵.

En Brasil LUIZ GUILHERME MARINONI explica que: “con el pasar del tiempo, se hizo necesario otorgar a los litigantes y al juez una mayor amplitud de poder, sea para permitir que los justiciables pudieran utilizar el proceso de acuerdo con las nuevas situaciones de derecho material y con las realidades concretas, sea para dar al juez la efectiva la efectiva posibilidad de tutelarlas”¹⁶.

Por último, en Colombia JAIRO PARRA QUIJANO, con fundamento en el C.G.P al referirse a estas expresó que: “Se trata de aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decreta si la “encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”. (Letra c) del numeral 1 del artículo 590 del CGP)”¹⁷

De acuerdo con las anteriores definiciones, el semillero encuentra que lo que caracteriza a las medidas cautelares innominadas es el hecho de que no se encuentren específica y taxativamente señaladas por la Ley, pero que tienden a la misma finalidad de la cautelas típicas, es decir, asegurar el resultado de la sentencia para que esta sea eficaz protegiendo el derecho en litigio que eventualmente se vea expuesto a un peligro

¹⁴ Ibíd. pp. 75-79

¹⁵ DE LOS SANTOS, Mabel., “Medida cautelar genérica o innominada”, Medidas Cautelares, Tomo I, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal- culzoni Editores, 2010, P 573.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, Op. cit. p. 969

¹⁷ PARRA QUIJANO, Jairo., “Medidas cautelares innominadas”, XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013, p. 302

o esté siendo amenazado, en consecuencia, las innominadas son una especie de las medidas cautelares.

2.3.1 De la discrepancia que divide a la Doctrina latinoamericana

El desarrollo de las medidas cautelares en los países latinos tiende a ser uniforme, pero cuando se estudia de modo más detallado la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia, es apreciable que existen cambios y discrepancias en la aplicación en cada país, por eso, y con el fin de tener un panorama más claro de lo que ha representado la aplicación de las medidas cautelares innominadas en el continente, se analizarán algunos aspectos básicos y susceptibles de discusión por los cuales la figura esencial que toca este escrito ha sido un terreno escarpado que es necesario conocer, para así poder brindar una opinión acertada y fundamentada de la realidad de los procesos que pueda servir de guía a los jueces en Colombia, en donde este tópico representa una novedad que merece atención.

Ocupándose el semillero de lo que le corresponde en este punto, puede decirse que un presupuesto sustancial que la Doctrina ha tenido en cuenta para desarrollar a las medidas cautelares, es el principio de igualdad también llamado principio de audiencia bilateral, ligado estrechamente al principio de tutela jurisdiccional efectiva¹⁸, que es puesto en práctica en el curso del proceso permitiendo la actuación equivalente de las partes en cada etapa de este.

Relacionando a ese principio de bilateralidad de la audiencia con el decreto de las medidas cautelares innominadas, resulta que estas últimas en algunas legislaciones son dictadas bajo la regla procesal *inaudita pars*¹⁹, es decir, sin conocimiento del cautelado, regla presuntamente permitida pues lo que se busca con las novedosas medidas atípicas, es lograr equilibrar principios tan importantes como lo son la celeridad procesal y la seguridad jurídica²⁰.

Es en ese punto donde la Doctrina se divide entre los que están de acuerdo con lo dicho anteriormente, como muchos de los autores citados, y los que se apartan de esa posición, como por ejemplo, la corriente doctrinal liderada por Adolfo Alvarado Velloso, que al respecto sostiene que: “*el decisionismo judicial está preñado de buenas intenciones pero opera muchas veces al margen de la ley, lo que es inadmisiblemente sistemáticamente*”²¹, alegando por ello, que el demandado se estaría viendo en un

¹⁸MARFIL, Andrés Manuel, “Audiencia, combinación, limitación temporal y estabilización como técnicas para hacer más efectiva la tutela cautelar”, Medidas Cautelares, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, pp. 184-185

¹⁹ De acuerdo con el texto citado de Andrés Manuel Marfil, hacen parte de esa corriente los siguientes países: Argentina (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. Artículo 198), Estados Unidos Mexicanos (Código Federal de Procedimientos Civiles. Artículo 389, 395)

²⁰ DI IORIO, Alfredo J., Op. cit., p. 88

²¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo., “El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión”, XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013, p. 845

evidente estado de indefensión al no poder hacer uso de sus derechos al debido proceso, a la contradicción, a la igualdad y a la bilateralidad de la audiencia.

Debido a esa división, es que pueden encontrarse legislaciones que decretan las medidas sin conocimiento, ni intervención de la contraparte²², en el otro extremo se encuentran legislaciones que permiten la debida contradicción del decreto de la medida cautelar durante el proceso²³, y otras que optaron por tener una excepción a la regla general, cuando extraordinariamente se demuestre que no se puede realizar audiencia por presentarse un caso de urgencia²⁴.

2.3.2 La medida cautelar innominada en Código General del Proceso colombiano

Las medidas cautelares innominadas han estado presentes en el ordenamiento jurídico colombiano desde hace tiempo, por ejemplo en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones (artículos 245 al 249) que abarca el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, la Ley 256 de 1996 (artículo 31) que regula las normas sobre competencia desleal y la Ley 472 de 1998 (artículos 17, 25 y 26) en la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, entre otros casos; ahora, estas vienen a ser parte de los procesos declarativos que regula el C.G.P en el literal c) del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P, donde son definidas y reguladas tales genéricas como: *“Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.*

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación

²² De acuerdo con el texto citado de Andrés Manuel Marfil, hacen parte de esa corriente los siguientes países: Argentina (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. Artículo 198), Uruguay (Código General del Proceso, artículo 315), La República del Perú (Código Procesal Civil del Perú, artículo 637)

²³ De acuerdo con el texto citado de Andrés Manuel Marfil, hacen parte de esa corriente los siguientes países: República del Ecuador (Código Procesal Civil de Ecuador, artículo 917)

²⁴ De acuerdo con el texto citado de Andrés Manuel Marfil, hacen parte de esa corriente los siguientes países: República Federativa de Brasil (código de Proceso Civil do Brasil, Artigo 797), República Bolivariana de Venezuela (Código Procesal Civil de Venezuela, artículo 585), República de Panamá (Código Judicial de Panamá, artículo 558), República de Chile (código de Procedimiento Civil de Chile, artículos 298 7 299)

mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo²⁵”.

El anterior artículo, en su numeral segundo, hace mención de la caución que deberá aportar quien solicite la medida, donde se establece que esta será el equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, porcentaje que podrá ser aumentado o disminuido de oficio o a petición de parte, decisión que deberá ser razonable. La clase, cuantía, oportunidad para constituirla, calificación y cancelación de dicha caución, están reguladas en los artículos 603 y 604 del código.

Observando lo que el C.G.P dicta respecto a las genéricas, podría decirse que Colombia adopta el presupuesto de que las medidas deben decretarse *inaudita pars*, al no considerarse que estas amenazan los derechos del demandado, pues tal y como lo anota EDGARDO VILLAMIL PORTILLA: “*el demandado no queda inexorablemente a merced del demandante, sino que aquel recibe cierta protección de parte del juez*”²⁶, además, según JAIRO PARRA QUIJANO, estas medidas “*tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia*”²⁷, pero, el mismo autor, interpretando la norma, opina también que: “*el juez puede posponer su pronunciamiento, cuando se la ha solicitado con la demanda, hasta que se haya trabado la relación jurídica procesal, con el fin de tener en cuenta lo que diga el demandado, para tener un mayor sustento del fumus bonis iuris*”²⁸, o sea que, si bien se dice que el demandado no tendrá la oportunidad de pronunciarse respecto al decreto de la medida, pues ello daría pie para que esta no brindara los resultados para los cuales ha sido solicitada, excepcionalmente, y según lo que dice el autor, podrá tenerse en cuenta lo que diga el cautelado, haciendo entonces Colombia, parte de las legislaciones que en

²⁵ República de Colombia, Congreso de la Republica, Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, Artículo 590 numeral 1 literal c.

²⁶ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo., “*Algunos apuntes acerca de las cautelares en el Código General del Proceso*”, XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 1ª ed., Bogotá D.C., Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2012, p. 174

²⁷ PARRA QUIJANO, Jairo., Op. cit., p. 306

²⁸ *Ibid.*, p. 318

casos muy reducidos y debidamente motivados, no hará uso de la regla procesal *inaudita pars* de manera imperativa y exegética, quedando esa decisión en el juez.

2.3.3 Criterios de procedencia presentes en la norma fundamentados desde la Doctrina

Conociendo la regulación que el C.G.P colombiano le dio a las medidas atípicas, es necesario resaltar que dentro de la norma se encuentran inmersos unos requisitos generales de procedencia que deben ser analizados por el juez para el decreto de unas de las genéricas, por ende, y con el fin de desarrollar y tener una idea más precisa de lo que dichos criterios representan, serán resumidamente explicados a través de los pronunciamientos que la Doctrina ha hecho de estos y de ese modo, el juez pueda determinar su alcance.

2.3.3.1 El *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*

Al hablar el artículo del C.G.P donde se encuentran reguladas las genéricas, de la existencia de una amenaza o vulneración del derecho, según JAIRO PARRA QUIJANO, se configura el *periculum in mora*, es decir, el peligro en la demora, que a ojos del autor, no se califica el perjuicio, otorgándole una mayor potestad al juez para que haga esa calificación²⁹.

PIERO CALAMANDREI señala que el *periculum in mora* es un elemento que distingue a las cautelas con otro tipo de elementos procesales, que “*justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares; este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva*”³⁰, es importante resaltar, que es tanta la preeminencia de las providencias cautelares, que estas intervienen en la naturaleza del proceso, ya que este puede asumir un carácter preventivo, conservatorio y en ocasiones innovativo.

Nuevamente, JAIRO PARRA QUIJANO, hablando de los criterios a los cuales hace referencia esta parte del trabajo, se refirió al *fumus bonis iuris*, que es la apariencia de buen derecho, destacando que es sumamente necesario que el juzgador tenga de presente e indague de una manera eficaz acerca de la legitimación de la parte para actuar³¹, es decir, tal y como lo sugiere DI IORIO, que el derecho de esa persona denote cierto grado de verosimilitud³².

Cabe destacar en este punto, que la legitimación que menciona el literal c) del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P y que resalta JAIRO PARRA QUIJANO, según

²⁹ *Ibíd.*, p. 310

³⁰ CALAMANDREI, Piero., *Op. cit.*, p. 40

³¹ PARRA QUIJANO, Jairo., *Op. cit.*, pp. 309-311

³² DI IORIO, Alfredo J., *Op. cit.*, p. 100

CLAUDIA ZALAZAR, es una regla general, mediante la cual: “*las medidas cautelares deben ser pedidas por la parte interesada, en resguardar su derecho*”³³.

Por su parte, JORGE FÁBREGA PONCE y ADÁN ARNULFO ARJONA, expusieron en su escrito “Medidas Cautelares Innominadas”, la indispensabilidad de la presencia para la procedencia de las medidas analizadas del “*fumus bonis iuris*” y del “*periculum in mora*”, pues según ellos, constituyen criterios indispensables que el director del proceso deberá estudiar cuidadosamente para que eventualmente sea o no procedente el decreto de medidas cautelares de esta particular índole, además, opinan los autores que los anteriores criterios necesitan consigo una prueba sumaria que materialice la legitimación que tiene el peticionario y esté acompañada de la caución, que garantiza los derechos de las personas que pudieran ser afectados³⁴; otra característica que se debe configurar es que el peticionario pruebe que su situación debe ser protegida a través de una medida cautelar porque sufre o teme sufrir un peligro inmediato o irreparable sobre el bien objeto del litigio. Tal criterio trae condiciones estrictas, ya que como se dijo, debe ser un peligro probado y que justifique realmente la utilización de tal mecanismo, no siendo así, no se podrá practicar.

Es importante destacar que los autores mencionados, en especial Jorge Fábrega Ponce relacionan la finalidad aseguradora de las medidas cautelares genéricas con el correcto manejo que deben tener los jueces con los poderes que les otorga la misma Ley, los cuales deben ser racionalmente utilizados para evitar que este instrumento se convierta en un arma de doble filo que vulnere los derechos de las partes dentro del proceso³⁵, es por lo anterior que manifiesta que: “*el juez debe procurar en todo momento evitar daños y perjuicios, molestias innecesarias en la adopción o ejecución de la medida, y podrá de oficio, y bajo su personal responsabilidad, sustituir la medida, con sujeción a ciertas limitaciones y restricciones*”³⁶.

En este punto es importante establecer de qué manera el juez determina el *fumus bonis iuris*, el cual como anteriormente se dijo se debe comprobar sumariamente con documentos o medios de prueba que acrediten dicha apariencia de buen derecho, es decir se desarrolla bajo un *juicio prima facie*³⁷, el cual se basa sobre primeras

³³ ZALAZAR, Claudia E., Op. cit., p. 60

³⁴ FÁBREGA PONCE, Jorge y ARJONA, Adán Arnulfo., “Medidas Cautelares Innominadas”, s.d., s.f., s.l., s.n., p. 117, <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf>, Fecha de consulta: 25 de abril de 2014

³⁵ FÁBREGA PONCE, Jorge., “El nuevo ordenamiento procesal civil de Panamá”, Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, Serie E Varios Núm. 44, 1ª ed., 1988, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, p. 1929,

³⁶ *Ibid.*, p. 1929, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/21.pdf>, Fecha de consulta: 2 de junio de 2014

³⁷ NIEVA FENOLL, Jordi., “El elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares”, s.d., s.f., s.l., s.n., pp. 7-8, <http://portales.te.gob.mx/seminario/sites/portales.te.gob.mx.seminario/files/materiales/Jordi%20Nieva.pdf>, Fecha de consulta: 17 de junio de 2014

impresiones que obtenga el juez con la solicitud de la medida cautelar, se debe precisar que la resolución sobre una medida cautelar es provisional, no definitivo, lo que adelanta es un juicio de apariencia. En palabras de JORDI NIEVA FENOLL, lo que debe hacer el juez es considerar si con los detalles de que dispone en ese momento, le daría la razón en la sentencia al solicitante de la medida cautelar, si únicamente, llegado dicho momento del juicio definitivo, dispusiera de dichos datos. Y ello es ciertamente un juicio de apariencia, un juicio de primeras impresiones³⁸.

Asimismo, la Doctrina establece que el peligro de la demora deberá ir de la mano de los factores de urgencia y necesidad, que ponen al peticionario bajo una imposibilidad de prontitud, es por esto que las leyes procesales proporcionan la alternativa de recurrir al mecanismo de la cautela para la prevención y eficacia del derecho reclamado, se podría decir entonces, que la demora de los procesos para emitir una resolución inmediata y efectiva de justicia es el origen de las medidas cautelares, puesto que si existiese prontitud, forzosamente no existiese cautela.

2.3.3.2 La necesidad, efectividad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida

El C.G.P además de consagrar a los dos grandes directrices de procedencia de las medidas cautelares innominadas, explicados anteriormente, también establece que la medida que se adopte sea necesaria, efectiva, proporcional y razonable. CASTAGNET y BARLUENGA al hablar de la ponderación con la que debe ser decretada la cautela señalan que: *“al implicar la restricción de los derechos individuales de los justiciables y estar dentro de los límites máximos que establece la Constitución nacional, debe mediar el juez, a la par de su discrecionalidad, un máximo de prudencia, ya que al pretender restablecer una situación fáctica que se traduce en una desigualdad intolerable -peligro de daño- tiene que evitar que la alteración de la realidad se traduzca, a su vez, en un daño al cautelado”*³⁹.

MARINONI, citando a TARUFFO expresa que la justificación que debe dar el juez frente al decreto de la medida, permite ejercer un control sobre su actividad, así mismo, manifiesta que las reglas de la proporcionalidad *“no sirven solo para facilitar la decisión, sino mucho más para que pueda justificarla de modo racional, permitiéndose su control por las partes”*⁴⁰, dichas reglas constan de elegir el medio más idóneo y la menor restricción posible, eso en lo que concierne a la proporcionalidad. Según el mismo autor pero en lo tocante a la razonabilidad o “razonamiento decisorio” como el la llama, afirma que esta permite al juez *“el descubrimiento de la debida técnica procesal ejecutiva”* a través del análisis de los hechos, pruebas y el derecho material y

³⁸ *Ibíd.*, p. 7

³⁹ CASTAGNET, Jorge E., BARLUENGA, Horacio D., *“Las llamadas “medidas cautelares” en el código procesal civil y comercial de la nación”*, Medidas cautelares, s.n., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986, p.p. 20-21

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme., *Op. cit.*, p.p. 971-972

posteriormente a ello podrá elegir, como se dijo, escoger la técnica procesal más adecuada para la tutela al derecho del actor⁴¹.

Sumado a lo anterior, VILLAMIL PORTILLA señala que el juez podrá rechazar la cautela solicitada si considera que carece de razonabilidad, entonces, esos requerimientos que hace la Ley, tienden a asegurar que el pronunciamiento y decreto que haga el juez este debidamente justificado y ajustado a Derecho con el fin de garantizar, como lo expresaron CASTAGNET y BURLUENGA, de que la medida no llegue a afectar los derechos y garantías del cautelado.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Uruguay la implementación de las medidas cautelares innominadas no fue la más fácil ni la más sencilla, pues inicialmente, la tipificación de estas se dio en varios compendios legales como en la Ley de Registros, el Código Procesal Civil y la Ley de Abreviación de juicios, pero tal y como lo dice KLETT FERNANDEZ: *“los magros textos y con la poca regulación del C.P.C de 1878 la jurisprudencia debió abrir camino por la vía de la interpretación”*⁴², esto con el fin de brindar parámetros que le mostraran un sendero claro al juez para que este pudiese obrar; esta problemática a opinión del semillero se puede evidentemente presentar en Colombia, pues si se observa la regulación que el C.G.P le da a las medidas en el país, salta a la vista la generalidad del asunto, porque en unas cuantas líneas se buscó tipificar una figura que es muy compleja; por eso es que al indagar un poco, temores se crean al pensar que puede ocurrir, como por ejemplo, que ante la someridad del asunto los jueces no sepan cómo obrar y por ende cometan graves errores afectando a las partes del proceso o se haga el de la vista gorda frente a las medidas por no saber usarlas, sumado a ello, ante la novedad de estas en el C.G.P y específicamente, en los procesos declarativos, no hay jurisprudencia específica respecto al tema.

Por eso, el semillero en aras de evitar que la problemática presente en otros ordenamientos jurídicos se presente en el país, analizó dos tópicos importantes con el fin de conocer cuáles son los aspectos fundamentales que componen y caracterizan a la medida cautelar innominada teniendo como premisa que la correcta aplicación de los puntos a tratar dependen exclusivamente del juez, por lo que resaltará el semillero su importancia, tópicos que serán explicados desde el punto de vista de la Doctrina y el derecho comparado, haciendo la salvedad en este punto el semillero, que no se desea con este trabajo insinuar que es necesario que se deba legislar con el fin de ampliar el tema, dado que la problemática es también fundamentada en el hecho de que la inexperiencia del juez frente al decreto de la medida puede jugarle en contra, adicional a ello, hay que reconocer el interés del legislador por darle un aspecto más

⁴¹ *Ibíd.*, p. 973

⁴² KLETT FERNANDEZ, Selva Anabella., *Op. cit.*, p. 1000

constitucional a los procesos que el nuevo código procesal regula, tratando de dejar atrás esa estampa clásica y liberal que los caracterizaba.

4. CONSIDERACIONES DEL SEMILLERO DE INVESTIGACIÓN FRENTE A LA PROBLEMÁTICA

Habiendo hecho una proyección a futuro de una posible problemática que puede presentarse en el país con la integración de las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos que regula el C.G.P, se pasará entonces a desarrollar los puntos que el semillero, después de hacer la respectiva investigación, cree que pueden brindar pautas esenciales para dar solución al eventual problema, cumpliendo con los fines de este trabajo y con el anhelo de servir a quienes tienen a su cargo la administración de justicia, propendiendo con ello el éxito del nuevo código procesal, así como uno de sus principales objetivos, la tutela jurisdiccional efectiva.

4.1 Las medidas provisionales en materia de tutela, una experiencia que puede evitar la problemática proyectada

Si bien se ha dicho en este escrito que las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico colombiano representan una de las grandes novedades que el C.G.P trae y que esa novedad se proyecta como uno de los grandes retos del aparato judicial, al ser una nueva figura a la que debe enfrentarse el juez, teniendo poco de donde fundamentarse para poder decretarlas ante la generalidad de la norma y la inexperiencia respecto al tema, encuentra el semillero después analizar distintos mecanismos semejantes, que cuando los jueces se encuentran revestidos de jurisdicción constitucional, tienen la facultad de hacer uso del decreto oficioso o a petición de parte de las llamadas “medidas provisionales” en materia de tutela, cuyo sustento legal es el Decreto 2591 de 1991, que si bien, tiene algunas diferencias con el decreto de las medidas cautelares innominadas, sus similitudes conducen serenar las preocupaciones de la aplicación del poder cautelar genérico.

Se empezará por decir que en el artículo 7 del Decreto mencionado, se establece que las medidas provisionales se dirigen a la protección del derecho cuando a consideración del juez sea necesario y urgente, al suspender la aplicación del acto que lo amenace o vulnere, ello con el fin de que el fallo que se dicte pueda hacerse efectivo, además: *“el juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso”*⁴³. Podría decirse entonces que estas medidas tienden a la misma finalidad de las innominadas, asegurar el resultado de la sentencia así como la protección de los derechos que se vean amenazados dentro del proceso.

⁴³ República de Colombia, Presidente de la Republica, Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991, artículo 7

4.1.1 Criterios de procedencia

La Corte Constitucional en distintas providencias judiciales han establecido los siguientes requisitos que deben tenerse en cuenta a la hora de decretar las medidas provisionales, en el Auto 241/10 señaló los siguientes: 1. Que estén encaminadas a proteger un derecho fundamental, evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, con el fin de garantizar que la decisión definitiva no resulte inocua o superflua por la consumación de un daño. 2. Que se esté en presencia de un perjuicio irremediable por su gravedad e inminencia, de manera que se requieran medidas urgentes e impostergables para evitarlo. 3. Que exista certeza respecto de la existencia de la amenaza del perjuicio irremediable. 4. Que exista conexidad entre la medida provisional y la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. 5. Que la medida provisional se adopte solamente para el caso concreto objeto de revisión⁴⁴.

Entonces, lo que desea el semillero es dar a conocer al juez que si bien puede asustarle la integración novedosa de las innominadas a los procesos declarativos, la preocupación no debe trascender, pues cuando él está investido de jurisdicción constitucional ha podido conocer de las medidas provisionales, que como pudo evidenciarse, guardan cierto grado de similitud con las medidas atípicas al buscar garantizar la efectividad de los derechos sustanciales compartiendo algunos criterios de procedibilidad como la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, pero es pertinente hacer la aclaración de que no son lo mismo, pues las provisionales tienden a un caso especialísimo que son las tutelas, y a diferencia de las innominadas estas pueden ser decretadas de oficio y el peligro es calificado, es decir, típico; entonces, a opinión del grupo de investigación, lo que tiene hacer el juez es que adecuar su visión bajo los preceptos y la exigencia que la Ley y las situaciones mismas le exigen para el decreto de las genéricas, no siendo entonces una completa novedad que suponga enormes trabas a su ejercicio, por el contrario, podrá retroalimentarse de lo que su experiencia y experticia en el juicio en otro ámbito del derecho le han dejado y aplicarlo ahora a los procesos declarativos que regula el C.G.P, convirtiéndose entonces la figura problemática en una novedosa herramienta que le permitirá impartir justicia resguardando los derechos vulnerados, asegurando la efectividad de la sentencia.

4.2 Aspectos relevantes extraídos de la doctrina y el derecho comparado Latinoamericano para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso colombiano

Después de una ardua búsqueda, lectura y análisis de los principales exponentes de la Doctrina en lo que concierne al tema que aquí se estudia, así como de las leyes que

⁴⁴ República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, Auto N° 241 de 14 de julio de 2010, Magistrado Ponente. María Victoria Calle Correa, Expediente: s.d.

regulan a las medidas cautelares innominadas de los países que poseen un vasto y complejo desarrollo de estas, ha decantado el semillero de investigación del total del estudio, los siguientes elementos que se configuran como requisitos esenciales que debe conocer y tener en cuenta el juez cuando proceda a decretar una medida atípica, cabe señalar que los que han sido mencionados anteriormente también son indispensables en el estudio jurídico-práctico que le corresponde hacer al legislador.

4.2.1 Carácter instrumental

Para CALAMANDREI, las medidas cautelares “*nunca constituyen un fin por sí mismas, si no que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente*”⁴⁵.

DI IORIO por su parte, manifiesta que el hecho de que la medida cautelar exista en función de una sentencia que se dicte en un proceso, denota el carácter meramente instrumental⁴⁶, sobre este punto, él, de lleno niega el carácter autónomo que puede revestir una medida cautelar afirmando que estas tienen un carácter incidental sujetas entonces a ese proceso del que se habla, siendo así las cosas, para este autor, las medidas cautelares autónomas no tienen cabida dentro regulación procesal alguna, pero eso es materia prima para otro debate.

En Brasil, el libro III del Código de Proceso Civil de 1873, está destinado meramente a la materia cautelar, donde se encuentra la medida de tipo innominado, que ha sido ampliamente desarrollada en esa nación, siendo el artículo 806 el que consagra la característica de la instrumentalidad que poseen las medidas cautelares, dejando claro MARINONI que no pueden ser vistas como una acción autónoma, diciendo además que: “*es ciertamente contradictorio admitir una tutela que, pensada con carácter instrumental, pueda tener un alcance mayor a aquel proceso sobre el cual se desea garantizar su utilidad*”⁴⁷.

Según EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, las medidas cautelares genéricas son de carácter accesorio al proceso pues estas no pueden constituir un fin en sí mismas, haciendo la salvedad en lo que concierne a la medida cautelar autónoma, es decir, aquella medida extraprocesal que no está destinada a un proceso en sí, diferenciándola de la medida cautelar pre-procesal, que se da antes de iniciado el pleito pero que obligatoriamente necesitara de él cuándo este se lleve a cabo; pero por regla general, a ojos de este autor, su instrumentalidad es un rasgo esencial que no puede ser desconocido, salvo en casos excepcionales⁴⁸.

⁴⁵ CALAMANDREI, Piero., Op. cit., p.p. 44

⁴⁶ DI IORIO, Alfredo J., Op. cit., p. 91

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme., “La evolución de la técnica anticipada y de la tutela preventiva en Brasil”, XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013, p. 978

⁴⁸ VILLAMIL PORTILLA, Op. cit., p.p 171-190

La posición de estos y de muchos otros autores respecto al carácter instrumental, ha sido adoptada por el semillero pues denota el carácter meramente accesorio que las innominadas deben tener dentro del proceso, aspecto que jamás deberá olvidar el juez para que el desarrollo de la figura en su ejercicio jurisdiccional no sea corrompido y tienda a fines que no le han sido dados a las medidas, al punto de llegarlas a considerar un fin en sí mismas o darles un mayor alcance respecto al proceso al cual sirven, además, tampoco podrá denegar su decreto bajo el pretexto de que estas pueden configurarse como un prejuzgamiento, afectando el derecho de quien invoca la medida, pues repitiendo lo dicho, estas siempre van a tender al proceso al cual sirven de herramienta.

4.2.2 Carácter rogado

El hecho de que las medidas necesiten del ruego de la parte, según el derecho comparado es una característica que varía dependiendo de las legislaciones latinoamericanas a las cuales pertenecen, como por ejemplo Panamá, teniendo como base al artículo 569 de su Código Judicial, estableciendo que las medidas necesitan de la petición de quien las alega o Venezuela, donde EVELYN MORALES explica el alcance de la oficiosidad de las medidas cautelares innominadas al decir que: *“El artículo 585 del Código de Procedimiento Civil establece la judiciabilidad de las medidas cautelares, sólo el juez puede acordar esa medida, porque las mismas necesariamente se traducen en una restricción o limitación al ejercicio de los derechos fundamentales”*⁴⁹, es decir, en este país proceden las genéricas de oficio.

En lo tocante a la legislación uruguaya, con relación a este importante elemento para el decreto de las medidas cautelares innominadas, en el artículo 311.3 de su C.G.P., esas medidas necesitan del ruego de parte, pero se hace la salvedad de que cuando la Ley lo autorice, el juez podrá actuar de oficio, ello según KLETT: *“ratifica el poder cautelar genérico, desde que no solo le permite al juez escoger la medida más idónea según las circunstancias del caso, sino que además le impone un poder-deber adicional: deber estar atento, alerta, compenetrado con las circunstancias del caso”*⁵⁰. Es decir, y reiterando lo dicho, el papel del juez es fundamental, tanto como un árbitro lo es para un partido de fútbol, pues él es el vigía encargado de que la actuación procesal marche bien, conforme lo designa la propia Ley.

Este es un rasgo que es claramente adverso a lo que en materia cautelar se ha dicho en otros países latinoamericanos, pues en algunos de ellos la oficiosidad del juez al decretarlas es legalmente permitido, pero en Colombia, esa particularidad no está en manos del juez sino de la parte que la alega, aunque tal y como lo anota PORTILLA:

⁴⁹ MORALES, Evelyn., “Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas”, N° 4, 2008. ISSN 1856-7878, 2008, s.l., s.n., p. 512, <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/4-2008/art23.pdf>, Fecha de consulta: 18 de junio de 2014

⁵⁰ KLETT FERNANDEZ, Selva Anabella., Op. cit., p. 1019

“es el demandante y no el juez, quien determina si la obligación que esta por establecerse en el proceso declarativo está suficientemente respaldada, tarea en la que no puede ser substituido el juez”, es decir, en ningún caso podrá el juez de manera oficiosa decretar una medida cautelar innominada, pero ello no implica que todo el poder recaiga entonces en las partes, pues es obvio que el director del proceso es quien decreta o niega la medida estudiada, determinando cuan ajustada a derecho y a la realidad puede predicarse, porque en ningún momento podrá aprovecharse del estado de indefensión del demandado para ocasionarle un perjuicio con medidas que supuestamente tienden a proteger un derecho en litigio.

Entonces, y siguiendo con el tema de la facultad del juez frente a la admisibilidad y decreto de las cautelas innominadas, a este le corresponde tal y como lo indica el artículo 590 dimensionar su “proporcionalidad, necesidad y utilidad” deduciéndose entonces que no se coarta de manera radical el poder de acción del juez, solo que es necesario que para que este se pronuncie acerca del tema estudiado en un proceso determinado, el ruego de la parte, entrando él a determinar su procedencia y calculando sus consecuencias dentro del proceso para mantener un equilibrio entre la protección que se le da al demandante y la que merece también al demandado en miras a un proceso justo.

Destaca PORTILLA además, a través de una interpretación hermenéutica del artículo, que esa disponibilidad frente a las medidas cautelares no aplica para las medidas típicas que se encuentran en el código⁵¹, interpretación, que cree el semillero, es la correcta.

4.2.3 Disponibilidad del juez frente a las medidas

ANABELLA KLETT, citando a COUTURE, dijo que toda medida está sometida al principio *Rebus Sic Estantibus*, o sea, que si las situaciones fácticas que permitieron el decreto de la susodicha cambian, ello dará cabida a su cese, modificación o sustitución⁵² siendo el artículo 313 del C.G.P uruguayo el que le da respaldo legal a esta afirmación, donde se dicta además que el tribunal debe: “1) apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente 2) establecer su alcance 3) establecer el término de su duración”⁵³.

DI IORIO por su parte, en lo que respecta a la legislación argentina y refiriéndose al artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dice que: “las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron”⁵⁴, estableciendo unas causales por las cuales estas dejarán de tener efecto, como por su caducidad o por la extinción del proceso, pero al igual que

⁵¹ VILLAMIL PORTILLA, Op. cit., pp. 171-182

⁵² KLETT FERNANDEZ, Selva Anabella., Op. cit., p. 1033

⁵³ República Oriental del Uruguay, El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Asamblea General, Ley 15.982 de 18 de octubre de 1988, Código General del Proceso

⁵⁴ República Argentina, Organismo: s.d., Ley N° 17.454 de 1981, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 202.

Colombia, en el ordenamiento jurídico argentino, las medidas cautelares, según lo que Di Iorio expresa en su escrito, que se dicten fuera del proceso y teniendo como base lo que dicta el código procesal de ese país en su artículo 207, caducarán si no se presenta demanda dentro de los 10 días siguientes a la ordenación y practica de las susodichas; eso es lo que la Ley y la practica dictan en la patagónica nación.

En lo concerniente a la nación panameña, el Código Judicial de ese país dispone que: *“El juez procurará en todo momento evitar daños y perjuicios y molestias innecesarias en la adopción o ejecución de la medida y podrá de oficio y bajo su personal responsabilidad, sustituir la medida, en el acto de la ejecución, oyendo al actor y, si fuere viable, al demandado o presunto demandado, siempre que queden plenamente asegurados los intereses del actor”*⁵⁵, precepto que es ampliamente aceptado por Fábrega Ponce, donde se alcanza la disponibilidad con la cual cuenta el juez, para ejercer un control legítimo al proceso.

En este asunto, además de la experiencia panameña puede destacarse un aporte muy importante que tiene que ver con el decreto de la medida y es la subsidiariedad con la que debe ser concedida, siendo esta otra exigencia establecida en el ordenamiento jurídico de ese país, pues que para que se pueda adoptar una medida innominada no deberá existir otra medida cautelar más específica para conseguir el efecto deseado, es decir, el juez deberá observar que dentro de la normatividad no exista alguna medida tipificada que satisfaga los mismos resultados que producirá el decreto de la medida innominada, siendo así, el juez se abstendrá de decretar tal medida.

Sin embargo tal elemento en ocasiones resulta complejo y trae inconvenientes que entorpecen aún más el decreto de tales medidas, porque el juez tiene que hacer una comparación exhaustiva del conjunto de medidas existentes y determinar que la pedida por el demandante es la indicada y que no existe ninguna otra semejante que pueda producir efectos iguales, hecho que es criticado por los autores PONCE y ARJONA al considerar que *“los tribunales podrían estimar que otra figura cautelar de las contempladas en la ley es más idónea que la innominada, con la cual se afectarían desfavorablemente los intereses procesales del demandante”*⁵⁶.

En Colombia, según el C.G.P, el juez frente a la medida *“establecerá su alcance, determinará su duración, y podrá disponer de oficio o a petición de parte de la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”*⁵⁷, pues la amenaza del derecho en litigio eventualmente puede desaparecer, entonces, sería absurdo que esta se mantuviera vigente o que se decretasen con una “fecha de vencimiento” sin tener un porqué, pues la medida debe atender a la realidad de los hechos y no a caprichos por

⁵⁵ República de Panamá, Organismo: s.d., Clase, número y fecha: s.d., Código Judicial Panameño, Artículo 531 numeral 5, https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-cj-lib2-1.pdf, Fecha de consulta: 27 de mayo de 2014

⁵⁶ FÁBREGA PONCE, Jorge. y ARNULFO ARJONA, Adán., Op. cit., p. 117

⁵⁷ Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso de Colombia, Op. cit., artículo 590

parte del juez y/o de la parte que la alega. Cabe destacar en este punto, que se logra vislumbrar la oficiosidad del juez, es decir, los poderes que le permiten actuar teniendo en cuenta sus poderes y el conocimiento de cada caso específico para que en una determinada etapa del proceso, este puede actuar y tal como lo afirma el código, la modifique, cambie o deje sin efectos, dado que como es previsible, la ignorancia de las partes puede hacer que estas no hagan un buen uso de las herramientas que el legislador les proporciona, y en este punto, cuando el demandado no conozca de sus derechos de contradicción y defensa, es donde el juez, como figura dotada de jurisdicción y competencia, debe intervenir, esta vez, sin necesidad del ruego de la parte, para salvaguardar la dignidad y las garantías que cada interviniente del proceso merece.

Ahora, las medidas cautelares innominadas, como se dijo, no poseen una fecha específica para que caduquen porque ello depende de las circunstancias que rodeen a cada caso, pero en lo que respecta a las medidas pre-procesales dice VILLAMIL, que según lo expresado en el artículo 23 del C.G.P donde se dice que: *“para que las medidas cautelares anticipadas puedan vivir más allá de los 20 días siguientes a su práctica, el demandante deberá presentar demanda, si no, ella terminan su existencia y el juez de oficio las debe levantar”*, y atendiendo al caso en específico de esas medidas, si cabe mencionar que el auto que fija su práctica y decreto, imprime a su vez el día en el que sus efectos caducaran⁵⁸.

Para finalizar este punto, lo que se desea es aclararle al juez que si bien se dijo que no puede decretar las innominadas de oficio, sí puede disponer de las medidas que se le soliciten o que ya han sido decretadas, atendiendo a las exigencias específicas de cada caso, teniendo como aportes importantes que es estrictamente necesario que las medidas deben cambiar cuando la situación que dio paso a su decreto cambia, que en el momento en que la parte solicite una genérica, él de oficio, puede disponer de una menos gravosa y respecto a lo que sucede en Panamá con la subsidiariedad y la crítica que PONCE y ARJONA manifestaron, considera el semillero que es viable que ese criterio sea tenido en cuenta por el juez, pues hace que esté más atento y sea más observante con el decreto de las medidas.

4.2.4 Operancia de la caución

En este aparte, Di Iorio dice que la *“contracautela”* está destinada a *“asegurar a la parte que sufre la medida el resarcimiento de los daños que pueda causar en caso de ser pedida sin derecho”*⁵⁹, a su criterio, el demandado se encuentra blindado contra los posibles daños que se le puedan ocasionar a su derecho, adoptando la postura que en general se mantiene en este aspecto cuando se dice que esa caución impide que se vulnere el derecho a la defensa del demandado.

⁵⁸ VILLAMIL PORTILLA, Op. cit., p.p 176-190

⁵⁹ DI IORIO, Alfredo J., Op. cit., p. 103

Ahora, sobre este tópico, este procesalista enseña algo que es de suma importancia al escribir que cuando “*el requiriente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenara a pagar los daños y perjuicios que la otra parte le hubiere solicitado*”⁶⁰, es decir, que adicional al pago de la caución, la parte demandante deberá pagar por las lesiones que su insensatez al solicitar la medida, le causen al indefenso demandado, pero lo más interesante del asunto es que en la práctica argentina, esta responsabilidad ha sido determinada por dos teorías, la objetiva y la subjetiva⁶¹, que según BOTOS, la primera de ellas responsabiliza por resarcimiento de daños y perjuicios a quien solicitó la medida por el mero hecho de haberla trabado indebidamente; y la segunda, adoptada por la nación argentina, dicta que responderá el solicitante por el pago de los daños mencionados cuando se demuestre que esa parte actuó de mala fe⁶², es decir, que su pedido estuvo viciado por la ilicitud de su pretensión. Esta teoría debería ser la adoptada por el juez en Colombia, pues garantiza que será responsable quien actúe con dolo, siendo ello lo más justo.

De Panamá se puede destacar acerca de este punto, que su Código Judicial establece específicamente cómo debe realizarse el señalamiento de una caución por parte del juez, que tiene como finalidad ser un componente de seguridad para las partes que podrían ser presuntamente afectadas con el decreto de las medidas. El articulado expresa lo siguiente: “*Para garantizar los daños y perjuicios que se puedan causar, se señalará caución. Las cauciones se fijarán de acuerdo con lo que para cada caso se dispone y se consignarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 570. El auto que fije la cuantía, el que acepte la caución y el que la rechace, son apelables en el efecto devolutivo. Si el superior aumenta la cuantía de la caución, deberá complementarse en un término de tres días, contado desde la notificación del reingreso del expediente al juzgado de origen y, si dentro de dicho término no se complementa, se procederá a reducir proporcionalmente el objeto de la medida*”⁶³

Es relevante señalar que debido a las implicaciones que traerían consigo el decreto de una medida instrumental en el marco de la igualdad real de las partes, es sumamente indispensable que los ordenamientos jurídicos regulen estrictamente este aspecto, es por ello que artículos como el 570, 571 y 572 del Código Judicial Panameño dan continuidad a lo señalado con anterioridad, en donde establecen que la caución podrá ser modificada si el juez lo considera necesario, también podrán ser reemplazadas las cauciones compuestas en dinero por otras en la misma especie, no en otra.

FÁBREGA y ARJONA en este aspecto expresan que este mecanismo tiene como “*fin garantizar la eventual responsabilidad por los perjuicios que pudiere irrogar la*

⁶⁰ *Ibíd.*, pág. 115

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 102-105, 113

⁶² MARTÍNEZ BOTOS Raúl., *Op. cit.*, pp. 103-104

⁶³ Código Judicial Panameño, *Op. cit.*, artículo 531 numeral 6.

*medida*⁶⁴, garantizando en definitiva el reparo de derechos que pueden en su momento, ser vulnerados.

Lo anteriormente dicho se instituye como la caución exigida por la Ley para la procedencia de la medida cautelar en Panamá, pero al igual que en Argentina, existe una indemnización de daños y perjuicios consagrada en el artículo 532 de su Código Judicial, donde se pone en manos del afectado el incidente para la reclamación por indemnización de daños y perjuicios, que se constituye como un mecanismo alternativo al fijado por la caución.

En Uruguay, el fin de la *contracautela* es servir de garantía al demandado quien es además un “*titular de una acción de daños y perjuicios si la cautela fue erróneamente adoptada o por la declaración de caducidad de aquella*”⁶⁵. Esa protección que merece el demandado es resaltada por la doctrina de esa nación, según KLETT, porque la adopción de las medidas que aquí se estudian, no pueden ser “*una forma de extorsión e incluso un instrumento de afectación de los propios derechos sustanciales*” debiendo resguardar entonces los derechos de la persona que es objeto de la medida.

Este requisito pecuniario también está inmerso en el decreto de la medida en Colombia consagrado en el numeral segundo del artículo 590, donde se predica el establecimiento de una caución que debe allegar el demandante al proceso con el fin de dar una garantía al demandado que eventualmente pueda verse perjudicado por la medida, pero a ojos de VILLAMIL PORTILLA, el hecho de que el C.G.P establezca ese monto en el 20% de las pretensiones de la demanda es insensato, pues puede que los perjuicios que se causen sean mucho mayores o que el monto sea tan grande que impida el decreto de la medida⁶⁶, coincidiendo DI IORIO en la misma apreciación de lo que puede ocurrir, cuando no se obra con prudencia al establecer una caución, por lo que esta debe atender al caso en específico y a la medida cautelar que se decreta. Esta posible problemática es reconocida por el semillero de investigación, por lo que se desea resaltar en este punto, que el juez al establecer la caución, lo haga apreciando e indagando cuales pueden ser los posibles perjuicios que esta busca resarcir, para que se configure como la verdadera garantía que la Doctrina y la propia Ley considera.

Sumado a ello, y siendo una apreciación que hace el grupo de investigación, cuando en un proceso, al demandante se le conceda el amparo de pobreza y este eventualmente solicite el decreto de una medida cautelar, este no debería estar obligado a proporcionar la caución exigida por la Ley al proceso, teniendo como base de esa premisa lo que dicta el artículo 154 del C.G.P, con el fin de que el acceso a la justicia, se dé sin importar condiciones sociales o económicas, haciendo efectivo el presupuesto constitucional de que todos los ciudadanos son iguales, así como la posibilidad de una

⁶⁴ FÁBREGA PONCE, Jorge. y ARNULFO ARJONA, Adán., Op. cit., p. 117

⁶⁵ KLETT FERNÁNDEZ, Selva Anabella., Op. cit., p. 1034

⁶⁶ VILLAMIL PORTILLA Edgardo, Op. cit., p. 183

tutela jurisdiccional efectiva, uno de los grandes propósitos del nuevo código del que se está hablando.

4.2.5 Control de Convencionalidad

Habiéndose ya dilucidado los clásicos elementos que el juez, como director del proceso, debe valorar a la hora de emitir respuesta con respecto de una solicitud de medida cautelar, resulta relevante recordar, que tal y como lo establece el artículo 230 de la carta política colombiana, "*los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley*" lo cual, y atendiendo a la jerarquía constitucional que ostentan los tratados y convenios ratificados por el congreso⁶⁷, ordena, entre otras cosas, que los jueces deben observar y respetar los convenios internacionales pactados por el país a la hora de implementar toda clase de medidas que de una u otra forma pudiesen afectar la integridad de alguna de las partes intervinientes en el proceso, evitando de ese modo, la materialización de un evidente detrimento a lo convenido entre naciones. Por lo tanto, es claro que el juez, como autoridad pública, y en general, los órganos vinculados a la administración de justicia, deben siempre, ejercer *Ex Officio* un "*control de convencionalidad*"⁶⁸ entre las normas internas y los tratados que el país haya pactado y ratificado a la hora de decretar medidas cautelares a lo largo de la *litis*, ya que de no atenderse criterio tan importante, se correría serio riesgo de transgredir directamente, determinados derechos y libertades propios del ciudadano, que no solo la nación, sino también la comunidad internacional, ha venido procurando salvaguardar de forma efectiva, destacando, *inter alia*, que bajo ninguna circunstancia dichas garantías deben ser limitadas por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole⁶⁹.

Fue debido a la inobservancia de este criterio, por el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, condenó a este último a reparar los daños psicológicos así como a indemnizar la señora Karen Atala Riffo y sus tres hijas, pues en el transcurso de un proceso de tuición, el padre de las menores solicitó una medida cautelar de tuición provisional, argumentando que dicha medida debería ser decretada ya que la condición sexual de la señora Atala, quien era homosexual, atentaba contra la normalidad de la rutina familiar de las niñas y vulneraba el interés superior de estas, esa medida fue concedida por el juez que consideró que los argumentos que presentaba el padre de las niñas tenían más importancia dentro de una sociedad heterosexuada. La Corte Interamericana al

⁶⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad C-240 de 1 de abril de 2009, Magistrado Ponente. Mauricio Gonzales Cuervo, Expediente D-7411

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile de 24 de febrero de 2012, Presidente, Diego García-Sayán, Serie C, No. 239

⁶⁹ República de Colombia, Congreso de la República de Colombia, Ley 16 de 30 de diciembre de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969

estudiar el fallo definitivo, que fue a favor del padre, de la Corte Suprema de Justicia de Chile y el decreto de la medida de tuición provisoria dictada por los juzgados de menores de Villarrica, concluyó que estos laudos se fundaron en la orientación sexual de la señora Atala, violando así el derecho de la señora Atala Ruffo a la igualdad contenido en el artículo 24⁷⁰ de la convención americana sobre derechos humanos y la no discriminación contenido en el artículo 1.1 del convenio⁷¹, “*ya que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la convención*”⁷², haciéndose necesario que en el caso de las medidas cautelares innominadas en el C.G.P colombiano, cuando el juez proceda a decretarlas, este efectúe el respectivo control de convencionalidad para no atentar como se dijo, en contra de los derechos convencionalmente reconocidos.

5. DE LA OBSERVANCIA E IMPORTANCIA DEL PAPEL DEL JUEZ PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS

No es suficiente explicar tan solo los presupuestos indispensables para el decreto de medidas cautelares innominadas, pues resulta totalmente necesario analizar el papel de la persona que se hace garante del correcto manejo de la tutela cautelar, el juez, pues es quien tendrá el deber de materializar desde un inicio, la tutela jurisdiccional efectiva.

Para dimensionar la importancia del director de proceso, es necesario comprender primero que éste se encuentra dirigido por los principios del Estado Social de Derecho, en donde las leyes procesales no son ni más ni menos que la garantía de la justicia material, que constituyen la protección de los derechos fundamentales⁷³. Es por ello que “*solo puede concluirse la existencia de un derecho cuando existe un mecanismo judicial para lograr su exigibilidad*”⁷⁴, es viable entonces afirmar teniendo como premisa la constitucionalización del proceso, que este no es tan solo el medio para buscar la protección de un derecho, sino que es la razón de ser de estos. Pero la correcta administración de justicia no se agota en el proceso como tal, pues el papel del juez es trascendental, aún más cuando este debe hacer uso de instrumentos complejos que el legislador le otorga para un correcto desarrollo de su profesión.

⁷⁰ El artículo 24 de la Convención (Igualdad ante la Ley) estipula que: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

⁷¹ El artículo 1.1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., p. 34

⁷³ COUTERE, Eduardo J., Introducción al Estudio del Proceso Civil, 2ª ed., Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, pp. 22-23

⁷⁴ VARGAS SILVA, Luis Ernesto., “La función constitucional de los principios del Código General del Proceso”, XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013, p. 326

Actualmente la administración de justicia no pasa por su mejor momento, ello se debe a múltiples fenómenos tanto jurídicos como sociales, pero el que compete analizar en este momento, es la ocasional desnaturalización de la actividad jurisdiccional, un elemento que sin duda sería un enorme obstáculo para la correcta aplicación del poder cautelar genérico.

Por lo tanto, es importante que los operadores jurídicos dimensionen las nuevas visiones y tendencias que el Derecho ha adoptado en donde reina el humanismo social, comprendiendo que sus poderes se ven renovados, reforzados y limitados, estableciéndose en este punto que esa importancia tiene como punto de inicio y punto final un proceso más justo y sólido que tienda a recompensar a la comunidad con su valor más importante que es, como se dijo, la justicia, la cual no se obtiene con el simple aprendizaje de una técnica jurídica⁷⁵.

Se comprende entonces que la justicia no es algo que se da por el simple hecho de conocer y aplicar de manera exegética la Ley, el espíritu del Derecho trasciende y va más allá de los compendios legales para reivindicar la importancia del perfil del juez, su capacidad para apartarse de los códigos e inmiscuirse con habilidad y destreza dentro del proceso, teniendo un conocimiento interdisciplinar para conseguir la decisión acertada y así manejar de manera inteligente la ductilidad que caracteriza a los procesos actuales y las exigencias que con ellos traen.

Adicional a ello, con la expedición del C.G.P, el legislador le ha otorgado una serie de herramientas procesales al juez, que para resultar eficaces, necesitan de su compromiso y entrega, posición que es adoptada por la Doctrina; en el caso específico de las medidas cautelares innominadas, la Ley exige unos requisitos abstractos para su procedencia, presupuestos que siempre dependerán del juez⁷⁶, pero para poderlos aplicar, el operador jurídico debe ineludiblemente trascender del imperio de la Ley y utilizar medios subsidiarios también confiables que le permitan entender la magnitud del fenómeno jurídico y llegar a su correcta aplicación, como por ejemplo los estudiados en este escrito, que si bien son amplios y complejos, el análisis de ellos permitiría que el juez no caiga en el error al que JORDI NIEVA FENOLL llama como *“ley del mínimo esfuerzo”, es decir, en renunciar a la debida y detenida reflexión para resolver problemas, tratando de construir atajos que no son más que quebradizos puentes que conducen a falsos caminos*⁷⁷, lo cual constituye una de las consecuencias de la crisis de efectividad del aparato judicial.

Como se evidencia, la labor es sumamente compleja por la carga jurídica proporcionada, sin embargo, el grupo de investigación le apuesta a que el simple

⁷⁵ CHARRY GONZÁLEZ, Aníbal., “Por un proceso civil con rostro humano”, XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013, p. 1128.

⁷⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. Op. cit.

⁷⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. “La Humanización De La Justicia”, VII Congreso Binacional de Derecho Procesal, Cúcuta, pág. 3

cambio comportamental ilustrado por parte de los jueces aminoraría en gran medida la inseguridad de estos frente a los poderes que la Ley les otorga, entre ellos el decreto de medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos, cambio que debe propenderse desde su formación en los principales pilares primarios de su educación, es decir, desde las universidades, en las facultades de Derecho y las escuelas judiciales para la preparación de jueces; esa exigencia de una formación ideal de estos personajes debe convertirse en un imperativo social, sedimento del correcto desarrollo procesal del derecho sustancial y por ende, de las garantías constitucionales, pues una correcta preparación y conocimiento multidisciplinar, dará paso a un mayor grado de confianza al momento de endosar grandes responsabilidades sobre los hombros de los jueces, pues “*el derecho puede crear un sistema perfecto en cuanto a su justicia, pero si ese sistema ha de ser aplicado en última instancia por hombres, el derecho valdrá lo que valgan los hombres*”⁷⁸.

CONCLUSIONES:

1. Las medidas cautelares innominadas son necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia, por lo que su integración al C.G.P supone un avance en materia procesal, propendiendo con ello la búsqueda de la tutela jurisdiccional efectiva.
2. El *fumus bonis iuris*, el *periculum in mora* y los demás requerimientos presentes en la norma como la necesidad, efectividad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida, son criterios generales e imprescindibles para el decreto de la medida cautelar innominada.
3. La vaguedad de la norma, la inexperiencia del juez frente a las medidas innominadas y la novedad de estas se proyectan como unas de las grandes problemáticas para la aplicación de estas a los procesos declarativos que el C.G.P regula.
4. Las medidas provisionales dictadas por los jueces en materia de tutela, son una fuente de conocimiento derivada de la experiencia donde el juez puede aplicar su experticia adecuándola los requerimientos que la Ley y los casos específicos le exigen para el decreto de las medidas cautelares innominadas establecidas en el Código General del Proceso.
5. De la doctrina y el derecho comparado latinoamericano puede destacarse que el juez nunca deberá darles a las innominadas un mayor alcance respecto al proceso al cual sirven, además, tampoco podrá denegar su decreto bajo el pretexto de que estas pueden configurarse como un prejuzgamiento.
6. No deberá olvidar el juez que su ejercicio respecto a las medidas estudiadas necesita del ruego de la parte que la solicita, es decir, no podrá decretarlas nunca de oficio.

⁷⁸COUTURE, Eduardo J., Op. cit., p. 75

7. Si bien se dijo que no puede actuar de oficio el juez, si deberá ser observante frente a la solicitud de las atípicas con el fin de decretar la menos dañina así como modificarla, sustituirla o fijar su cese cuando los hechos que le sirvieron de fundamento han cambiado, con el fin de brindar la protección que también merece el demandado.
8. El juez al establecer la caución, debe apreciar e indagar acerca de la medida y de cuáles pueden ser los posibles perjuicios que esta busca resarcir, para que se configure como la verdadera garantía que la doctrina y la propia Ley designa, además, cuando a la parte se le conceda el amparo de pobreza en el proceso, no deberá serle exigida la caución mencionada.
9. A la hora de decretar la medida, deberá hacer el juez un “control de convencionalidad” con el fin de que la genérica no vaya en contravía de los derechos y garantías reconocidas en tratados internacionales ratificados por Colombia.
10. Por último, es imprescindible resaltar la importancia del papel del juez dentro del proceso, recalcando la necesidad de que este dimensione los alcances de la constitucionalización de su ejercicio, debiendo entonces evitar la comisión de errores productos de la concepción clásica y liberal del proceso.

BIBLIOGRAFÍA:

1. ALVARADO VELLOSO, Adolfo., “El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión”, *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
2. BERIZONCE, Roberto Omar, “Recientes Transformaciones del Proceso Civil, XXVI Congreso de Colombiano de Derecho Procesal”, *XXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2005.
3. CALAMANDREI, Piero., *Providencias Cautelares*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina Cangallo 860, 1984.
4. CASTAGNET, Jorge E., BARLUENGA, Horacio D., “Las llamadas “medidas cautelares” en el código procesal civil y comercial de la nación”, *Medidas cautelares*, s.n., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986.
5. CHARRY GONZÁLEZ, Aníbal., “Por un proceso civil con rostro humano”, *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
6. COUTERE, Eduardo J., *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, 2ª ed., Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978.
7. DE LOS SANTOS, Mabel., “Medida cautelar genérica o innominada”, *Medidas Cautelares*, Tomo I, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal- culzoni Editores, 2010.

8. DI IORIO, Alfredo J., *Temas de derecho procesal*, Buenos aires, Editores Depalma, 1985.
9. FÁBREGA PONCE, Jorge y ARJONA, Adán Arnulfo., “Medidas Cautelares Innominadas”, <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf>, Fecha de consulta: 25 de abril de 2014
10. FÁBREGA PONCE, Jorge., “El nuevo ordenamiento procesal civil de Panamá”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Serie E Varios Núm. 44, 1ª ed., 1988, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/21.pdf>, Fecha de consulta: 2 de junio de 2014.
11. GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio, et al, “Informe de ponencia para primer debate proyecto de Ley número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara”, *Gaceta del congreso: Senado y Cámara*, N° 114, 2012, Bogotá D.C., Imprenta Nacional de Colombia, <http://www.notinet.com.co/pedidos/Gaceta114-2012.pdf>, Fecha de consulta: 11 de junio de 2014.
12. KLETT FERNÁNDEZ, Selva Anabella, “Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay” *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
13. MARFIL, Andrés Manuel., “Audiencia, combinación, limitación temporal y estabilización como técnicas para hacer más efectiva la tutela cautelar”, *Medidas Cautelares*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.
14. MARINONI, Luiz Guilherme, “Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, *XXXIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2012.
15. MARINONI, Luiz Guilherme., “La evolución de la técnica anticipada y de la tutela preventiva en Brasil”, *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
16. MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*, ed. 4ª, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999.
17. MITIDIERO, Daniel., “Tendencias en materia de tutela sumaria: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria”, *XXXII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2011.
18. MORALES, Evelyn., “Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 4, 2008. ISSN 1856-7878, 2008, s.l., s.n., <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/4-2008/art23.pdf>, Fecha de consulta: 18 de junio de 2014.

19. NIEVA FENOLL, Jordi. “La Humanización De La Justicia”, VII CONGRESO BINACIONAL DE DERECHO PROCESAL, Cúcuta, pág. 3.
20. NIEVA FENOLL, Jordi., “El elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares”, <http://portales.te.gob.mx/seminario/sites/portales.te.gob.mx/seminario/files/materiales/Jordi%20Nieva.pdf>, Fecha de consulta: 17 de junio de 2014.
21. OVALLE FAVELA, José, “Bases constitucionales para un proceso civil justo”, *XXVIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2007.
22. PARRA QUIJANO, Jairo., “Medidas cautelares innominadas”, *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
23. RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, “Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela cautelar judicial”, *Vniversitas*, N° 112 julio-diciembre, 2006, Bogotá D.C.,[s.n.], 63-90, http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/Restrepo3correg.000.pdf. Fecha de consulta: 6 de junio de 2014.
24. VARGAS SILVA, Luis Ernesto., “La función constitucional de los principios del Código General del Proceso”, *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
25. VILLAMIL PORTILLA, Edgardo., “Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso”, *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 1ª ed., Bogotá D.C., Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2012.
26. ZALAZAR, Claudia E., *Derecho procesal civil y comercial. Aspectos prácticos I, Medidas Cautelares*, 1ª ed., Córdoba, Alveroni Ediciones, 2010.
27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile de 24 de febrero de 2012, Presidente, Diego García-Sayán, Serie C, No. 239.
28. República Argentina, Organismo: s.d., Ley N° 17.454 de 1981, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, artículo 202.
29. República de Colombia, Congreso de la República de Colombia, Ley 16 de 30 de diciembre de 1972, *por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.*
30. República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012 *Código General del Proceso*, Artículo 590 numeral 1 literal c.
31. República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, Sentencia T-162 de 20 de marzo de 1997, Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz, Expediente: T-115166.

32. República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, Auto N° 241 de 14 de julio de 2010, Magistrado Ponente. María Victoria Calle Correa, Expediente: s.d.

HACIA LA CONTRACAUTELA INNOMINADA: UNA MATERIALIZACIÓN DE LA IGUALDAD PROCESAL*

Semillero de Derecho Procesal de la Universidad
Libre, Sede Bogotá**

Dayhanna Jimena Angarita Salazar, Yurani Andrea Angulo Peñaranda, José Luis Bobórquez López, Maura Constanza Hernández Santisteban, Daniel Esteban Montes Téllez, Leidy Marcela Olarte Tabares, Angie Marcela Páez Monroy, David Enrique Porras Pérez, Alex Mauricio Reina Chamorro, Hans Alexander Villalobos Díaz

Director: Jorge Andrés Mora Méndez¹

*“El único Estado estable, es aquel en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley”
Aristóteles*

RESUMEN

Según la nueva regulación que de los proceso declarativos hace el Código General del Proceso, el demandante posee las garantías suficientes para hacer efectiva la eventual sentencia, materializado en las medidas cautelares innominadas y anticipatorias, mientras que de la interpretación estructurada de la norma el demandado no posee garantías suficientes para satisfacer el eventual perjuicio que se le pueda causar por el decreto y ejecución de dichas medidas cautelares. El objetivo de esta ponencia es vislumbrar la necesidad de garantizar la igualdad procesal, mediante la utilización de la

* Artículo inédito. Recibido

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre del 2014, en la ciudad de Cartagena.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá.

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Libre, Sede Bogotá.

contracautela innominada para casos concretos, pues como es sabido el ordenamiento jurídico Colombiano no permite constituir caución a favor del sujeto pasivo cuando la medida cautelar no esté relacionada con pretensiones económicas o cuando se pretende anticipar materialmente el fallo. Se realiza entonces un análisis desde los posibles perjuicios inmateriales no reparables económicamente, y la contracautela innominada como garante de su reparación.

Palabras clave: Caución, contracautela innominada, igualdad procesal, medidas cautelares, perjuicios inmateriales.

ABSTRACT

According to the new regulation that General Code of Procedure makes of declarative process, the complainant has sufficient guarantees to make effective the eventual judgment, materialized in the unnamed and anticipatory precautionary measures, while a structured interpretation of the rule reveals that the defendant has no sufficient to satisfy the possible injury that is caused by the decree and execution of those precautionary measures. The objective of this speech is to envision the need to ensure procedural equality, through the use of the innominated caution juratory in individual cases, because as we know, the Colombian legal system does not allow to constitute caution in favor of the taxpayer if the precautionary measure is not related economic pretensions or when trying to anticipate the ruling materially. Analysis is then performed from the possible immaterial injury not economically repairable, and innominated caution juratory as guarantor of repair.

Key words: Caution, innominated caution juratory, procedural equality, precautionary measures, immaterial injury.

INTRODUCCIÓN

América Latina vive una época de reformas procesales a sus sistemas jurídicos, esto como consecuencia del apogeo de figuras procedimentales dinámicas y novedosas, utilizadas en diferentes sistemas jurídicos a nivel mundial, que hacen del proceso judicial un estadio de debate dialéctico llamativo que materializa el derecho sustancial de una manera más rápida y efectiva. La orientación de la reforma de estos sistemas procesales está dirigida en últimas a resolver los problemas prácticos de la *tutela judicial efectiva*, la cual se evidencia por la congestión judicial, la falta de garantías procesales para las partes y por la ausencia de mecanismos expeditos que garanticen el cumplimiento de los fallos judiciales, dando lugar a una especie de crisis de la administración de justicia.

En este orden de ideas, los esfuerzos del legislador colombiano por aminorar estas problemáticas están dirigidos, en principio, a efectuar un cambio en el arquetipo de sistema procesal escrito a uno oral, labor que se ha visto acreditada en los últimos diez años con la expedición de leyes como la Ley 906 del 2004, Ley 1395 del 2010, Ley 1437 de 2011 y la más reciente Ley 1564 del 2012.

Sin embargo, el epicentro de dichas modificaciones no gira en torno únicamente a la oralidad, sino que además, con el Código General del Proceso, se ha pretendido instituir figuras novedosas que replantean la cultura jurídica del país, como lo son la de *la carga dinámica de la prueba*, el *proceso monitorio*, la aplicación de facultades oficiosas del juez y probablemente una de las figuras más controvertidas en la actualidad: *las medidas cautelares innominadas y anticipatorias*, tema del presente escrito. Son estas últimas el derrotero a seguir para asegurar la eficacia final del proceso, toda vez que lo que buscan es neutralizar los posibles perjuicios que se puedan derivar con el paso del tiempo al que las partes se ven sometidas dentro de un proceso ordinario de cognición plena.

En efecto, a través de la adopción de estas medidas dentro del ordenamiento jurídico se pretende contribuir al cercenamiento de la crisis de la administración de justicia y con ello al fortalecimiento de la *tutela judicial efectiva*, asegurando el cumplimiento de los fallos judiciales y por ende la materialización efectiva del derecho sustancial.

Es importante valorar la utilidad de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias a la luz de principios básicos y orientadores del proceso judicial, los cuales no se reducen única y exclusivamente a la imparcialidad judicial, debate dado por un sector de la doctrina autodenominado garantista, sino también por principios como la igualdad procesal. En este sentido, vale la pena preguntarse lo siguiente:

¿Cuál es la garantía para quien, en el marco de un proceso declarativo en el que no hay certeza del derecho, ha de soportar el decreto de una medida cautelar innominada que eventualmente lo prive total o parcialmente del ejercicio de sus derechos?

El presente trabajo estará dirigido a solucionar estructuralmente el interrogante de la siguiente manera: *i)* en primer lugar, una exposición de los conceptos básicos necesarios para el planteamiento del problema, como lo son la igualdad procesal, la medida cautelar, la medida cautelar innominada y anticipatoria, la contracautela y su relación con la caución, daños, perjuicios, y por último: la imparcialidad. *ii)* en un segundo momento, una descripción de la regulación de las medidas cautelares innominadas, la contracautela y la audiencia previa en el derecho comparado. *iii)* en tercer lugar, el planteamiento del problema. *iv)* como cuarto punto, las situaciones fácticas que se desprenden de la interpretación del artículo 590 del CGP. Y *v)* propuestas a la problemática enunciada.

1. CONCEPTOS BÁSICOS

1.1 Igualdad Procesal

El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) define a la igualdad como la conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad. La Igualdad en el proceso “significa que quienes a él concurren de manera voluntaria o por haber sido citados en forma oficiosa, deben tener las mismas oportunidades procesales para la realización plena de sus garantías a la bilateralidad de la audiencia”¹. Ésta constituye una garantía integrante del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, teniendo en cuenta que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal”².

En este punto surge una pregunta: ¿Cómo inciden las medidas cautelares en la igualdad?, pues bien, a este interrogante responde la Corte Constitucional arguyendo que éstas “constituyen una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no sólo porque garantiza la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuye a un mayor *equilibrio procesal*”³.

1.2 Medida Cautelar

1.2.1 Aproximación conceptual a las medidas cautelares

Las medidas cautelares surgen para evitar que el inexorable paso del tiempo afecte el verdadero sentido de la *justicia material* a la cual corresponden los procesos que se erigen en la nueva dinámica, la cual se enfoca en el *sentido social* de la normatividad y no en ser una abstracción teórica irresponsable con la realidad activa del escenario real. Poder acceder a la justicia “implica tener el derecho a utilizar medidas cautelares suficientes para asegurar el cumplimiento real y efectivo de lo que se concrete en la sentencia. Obtener una sentencia, después de mucho esfuerzo, que no puede ser satisfecha por insolvencia real o ficticia del obligado, genera una doble frustración, que evita que aquella a la larga se invierta en paz con justicia social”⁴.

¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-690/08. De 11 de julio de 2008. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

² CORTE I.D.H. Opinión Consultiva OC-16/99. De 1 de julio de 1999. Serie A N° 16. Párr. 119.

³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-523/09. De 10 de junio de 2009. M.P.: María Victoria Calle Correa.

⁴ INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. *Exposición de motivos (provisional) del Código General del Proceso*. Bogotá: ICDP, 2012. P. 2. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf>

Para Calamandrei, éstas “están dirigidas, más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia y, la seriedad de la función jurisdiccional”⁵, mientras que para la Corte Constitucional son actos o instrumentos propios del proceso, “mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las medidas necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso”⁶.

En suma, el objetivo de estas medidas es garantizar “la eficacia de una eventual resolución judicial.”⁷, pero no solamente es éste, sino que también buscan evitar “los actos, maliciosos o no, efectuados por la contraparte, que pudieran provocar una disminución o inclusive una desaparición absoluta del derecho a ser reconocido”⁸. Aquello que diferencia las providencias cautelares de las que no lo son, es primordialmente que “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar”⁹, para que las mismas puedan ser decretadas, es necesario que se observen unos presupuestos.

1.2.2 Presupuestos de las medidas cautelares

Calamandrei fue el primero en afirmar que para poder decretar una medida cautelar es necesario la concurren de tres requisitos, los cuales fueron ampliamente adoptados por la doctrina en general y desarrollados en distintos países, tales como: *i)* la verosimilitud del derecho, *ii)* el peligro en la demora, y finalmente *iii)* la prestación de la caución.

i) Verosimilitud del derecho

Según la RAE, verosímil es aquello que tiene apariencia de verdadero. El *Código General del Proceso* la maneja así: “*el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho*”¹⁰. Resulta claro que mientras no termine el proceso el juzgador sólo podrá tener en sus manos una apariencia aproximada, un conocimiento sumario respecto del conflicto, es decir, sólo podrá decidir con base en criterios de mera probabilidad.

ii) Peligro en la demora

El peligro es definido por la RAE como el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal, este presupuesto es la encarnación de la esencia de las medidas cautelares, se da cuando “es altamente probable que el mandato final del juez termine

⁵ CALAMANDREI, Piero. *Las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1984. p.140.

⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-431/95. De 28 de septiembre de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

⁷ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Civitas, 1998. p. 147.

⁸ MONROY PALACIOS, Juan José. *La tutela Procesal de los derechos*. Lima: Editorial Palestra, 2004. pp. 261-262.

⁹ PEYRANO, Jorge. *Reformulación de la Teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de Urgencia. Medidas Autosatisfactorias*. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 497.

¹⁰ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. De 12 de julio de 2012. Artículo 590.

siendo inoperante y el proceso haya sido en vano”¹¹. Para poder asegurar una situación en concreto debe alegarse la amenaza de un peligro sobre ésta.

iii) Prestación de la caución

La RAE define a la caución como una “garantía o protección prestada a alguien”, en su concepto se ahondará en párrafos adelante. Para efectos de su acepción como presupuesto el Código General del Proceso, lo regula en el numeral 2 del artículo 590. Ahora bien, en el marco del *Código General del Proceso* y la *novedad introducida*, es necesario realizar una descripción conceptual de las medidas cautelares innominadas.

1.3 Medidas Cautelares Innominadas

Como se deduce, son aquellas que no tienen un nombre especial designado, evaden la taxatividad propia de sistemas positivistas, “admiten la flexibilidad necesaria en su otorgamiento como para lograr su adaptación a las particulares situaciones de hecho”¹², una muestra de que el legislador colombiano ha dado una facultad al juez para que éste se acerque al ideal del procesal de la función social y de aplicar a la máxima constitucional que establece que en las actuaciones judiciales “prevalecerá el derecho sustancial”¹³.

Defendiendo a la primera posición, se encuentran autores como Jorge Peyrano, para quien existen figuras que “buscan como fin la eficacia en el proceso, para tal efecto propone las sentencias anticipatorias”¹⁴.

Por otro lado, defendiendo la segunda postura hay autores como Mandrioli, que se refiere a la “técnica de anticipación”¹⁵; también está Rengel Romberg, quien señala que las medidas innominadas pueden ser conservativas o anticipativas, siendo estas últimas las que “tiende[n] a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, e incide sobre la relación sustancial que será objeto de la sentencia de mérito mediante una providencia anticipada”¹⁶; y apoyando esta posición también está Jairo Parra Quijano, quien indica que las medidas innominadas surgen para evitar los efectos perversos de hacer infructuosa la sentencia

¹¹ ALVARADO, Adolfo. *El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión*. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal (35: 10-12, julio: Medellín, Antioquia). Memorias. Bogotá D.C.: ICDP, 2013. p. 849.

¹² DÍAZ, Omar Luis. *Medidas cautelares sobre automotores*. Buenos Aires: Astrea, 2011. P. 175.

¹³ COLOMBIA. Asamblea nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. De 4 de julio de 1991. Artículo 228.

¹⁴ PEYRANO, Jorge. *Sentencia Anticipada*. Buenos Aires: Rubinzal-Culsoni Editores, 2000. p. 15.

¹⁵ MANDRÍOLI, Crisanto. "Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Anticipatori o Interinali" *Riv. Dir. Proc.* Vol. 7. 1964. Roma. p. 558 - 559.

¹⁶ ROMBERG, Rengel. *Tratado de Derecho Procesal Venezolano*. Caracas: Atotitho, 2004. p. 45.

y de “producir un daño por su duración, de ahí porque se diga en la letra c) del artículo 590 del CGP o asegurar la efectividad de la pretensión”¹⁷.

1.4 Posturas respecto a la contracautela y la caución

Respecto del último de los presupuestos de las medidas cautelares, no existe unanimidad conceptual, toda vez que una parte de la doctrina clásica asevera que el concepto de caución es igual al de contracautela, y por otro lado existe una posición minoritaria contemporánea que señala que ambos conceptos son divergentes.

En primera medida, la posición de observar de manera igual la caución al concepto de contracautela ha sido la más acogida por distintos autores del derecho procesal y en ordenamientos jurídicos de Latinoamérica. En este sentido, se encuentra que Piero Calamandrei¹⁸ quien es uno de los primeros autores en hacer referencia a que “las cauciones son medidas cautelares que previenen los efectos dañinos de ciertos actos procesales, y que se llaman contracautelas ya que garantizan los efectos que puedan provenir de medidas cautelares”. En igual forma José Rubén Taramona¹⁹ cuando define la caución como “la garantía que deben aportar aquellos que solicitan alguna medida cautelar para asegurar la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se pudieran generar por la traba de ellas, en el supuesto de haber sido decretadas indebidamente (...) la contracautela supone una garantía por la realización de un acto procesal injusto”.

Bajo estas hipótesis es que en sistemas normativos como el de Perú se establece, en el artículo 616 del código de procedimiento civil que “la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución” definición que se asemeja a la de la caución entendida esta como la garantía pecuniaria que presta quien solicita el decreto de una medida cautelar para el posible pago de perjuicios que se puedan ocasionar con el decreto de tal medida.

Ahora bien, respecto a la segunda posición minoritaria que establece que caución y contracautela no es lo mismo, cabe destacar lo dicho por el autor Juan José Monroy Palacios²⁰ quien señala: *“la caución conocida corrientemente como contracautela se trata de una garantía procesal que tutela los intereses del demandado afectado por la medida cautelar. Contracautela entonces por ser una garantía respecto de otra trabada en contra por ello también otros se refieren a la caución como la cautela del demandado. Términos todos correctos si nos mantenemos en un ámbito meramente coloquial, pues en estricto, se trata de una garantía que pese a tener un carácter*

¹⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. *Medidas cautelares innominadas*. En: XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL (12: 10-12, julio: Medellín, Antioquia). Memorias. Bogotá D.C.: ICDP, 2013. p. 313.

¹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Las providencias cautelares*. Bogotá D.C.: Leyer, 2009. p. 75.

¹⁹ TARAMONA, Rubén. *Procesos de ejecución y procesos cautelares*. Lima: Huallaga, 1996. p.123.

²⁰ MONROY, Juan. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra editores, 2004. p. 264.

procesal, es distinta a las cautelares: no se sujeta a sus características, tiene otra estructura y tiene otra finalidad (no asegura la eficacia del proceso, sino específicamente los perjuicios -pecuniarios- innecesarios que pudiera generarse de la verificación de una medida cautelar trabada injustamente)”.

De los anteriores presupuestos el semillero considera viable la siguiente teoría: I) la caución es una especie de contracautela, dado que aquella pretende garantizar los posibles perjuicios pecuniarios que se causen al demandado con el decreto de una medida cautelar a solicitud del demandante; II) La contracautela es el género, referida no solamente a la reparación de un perjuicio de carácter pecuniario, sino que también hace alusión a otro tipo de perjuicios como los no patrimoniales; III) la caución se predica del demandante, en la medida que es un presupuesto necesario para poder conceder la medida cautelar, mientras que por el contrario la contracautela, al ser la cautela de la cautela del demandante estaría en cabeza del demandado, para que en aquellos eventos en los que la medida cautelar decretada no genere perjuicios patrimoniales sino de otra índole, este pueda proteger sus intereses.

En efecto, para la comprensión de las propuestas que plantea el semillero en torno a esta ponencia se ha de entender que la caución es un garantía que puede ser pecuniaria, es decir económica, que presta el demandante por los posibles perjuicios que se puedan causar con el decreto de la medida cautelar que propone, mientras que la contracautela es una garantía que va más allá de lo pecuniario que es solicitada por el demandado para que éste proteja sus intereses de los perjuicios no patrimoniales en los que se pueda ver inmiscuido con la concesión de las medidas cautelares propuestas por el demandante y que difícilmente son reparados por la caución, la cual parte, si y solamente si, de pretensiones pecuniarias y por ende de perjuicios patrimoniales, desconociendo que en la actualidad se ha venido desarrollando en el sistema interamericano el concepto de reparación integral que surge precisamente por la necesidad de reparar perjuicios que no son de naturaleza patrimonial pero igualmente importantes para el mundo jurídico²¹.

²¹ Debe aclararse que en Colombia la caución está consagrada en el artículo 603 del Código General del Proceso, y que incluso allí se afirma que “Cualquier caución constituida podrá reemplazarse por dinero o por otra que ofrezca igual o mayor efectividad”, lo que evidencia que es posible hablar de una caución innominada. El problema que lleva entonces a hablar de la necesidad de una contracautela innominada, está en que las cauciones no podrán prestarse por el demandante con el fin de levantar las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante cuando en el proceso no hayan pretensiones de naturaleza económica o se anticipa materialmente el fallo, tal y como lo consagra el artículo 590, literal c, inciso 4. Así mismo, es necesario eliminar la idea de que las cauciones solamente pueden aparecer en un proceso cuando hay pretensiones económicas, pues tal y como quedó redactado el numeral 2 del artículo 590 del CGP, las cauciones son presupuestos del decreto de medidas cautelares única y exclusivamente cuando hay pretensiones económicas, lo cual elimina la posibilidad de que aparezcan contracautelas en procesos en los que no hayan pretensiones económicas o incluso en los que existiendo pretensiones pecuniarias no solo se causen perjuicio materiales sino también inmateriales. De este modo, parece que no existe una armonía en la forma como se limitan los derechos del demandado al limitarlo en la formulación de contracautelas que le permitan reparar los posibles perjuicios que sufra del decreto de la medida cautelar, mientras que al demandante sí se le otorgan plenas garantías para la satisfacción de su pretensión a través de las medidas cautelares nominadas e innominadas que pueden ser formuladas en cualquier tipo de proceso, obligando a los estudiosos del derecho procesal a formular soluciones que garanticen la igualdad procesal aun cuando esto implique replantear conceptos clásicos o reformar normas actualmente vigentes en el ordenamiento jurídico nacional.

1.5 Una Mirada a la Diferencia entre Daños y Perjuicios

Toda acción tiene una reacción, como en el universo todo tiene compensación para que exista un equilibrio. Este es el caso en derecho, de lo que se conoce como *cautela innominada* de la que se hace gala de su equilibrio al postular la *contracautela innominada*, siendo importante aclarar que no todo en la vida se repara con dinero, de ahí que se deba resaltar a la *contracautela innominada*²², para la reparación de un perjuicio moral y permitir así que la contraparte sienta el equilibrio procesal que logre restablecer el menoscabo de valores.

La vida conlleva relaciones humanas, lo cual implica que en ocasiones se vean vulnerados o afectados los derechos de una persona por causa de otra. Para el desarrollo de este tema es necesario partir de una distinción realizada anteriormente por la doctrina francesa entre daño y perjuicio, que según Juan Carlos Henao citando a Francis–Paul Bénéoit, la diferencia entre daño y perjuicio radica en “... *el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación... el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada.*”²³

Usualmente estas palabras son entendidas como sinónimos, pero que realmente conllevan a significados realmente distintos, y a la utilización de ellas en el caso concreto. Así el Consejo de Estado realiza unas precisiones de lo que compréndelas características del daño, de las cuales es solo necesario, enunciarlas, el “*daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado.*”²⁴

1.5.1 Características de los perjuicios

Según Gustavo Quintero Navas el perjuicio debe ser *cierto* y *directo*. Cuando el autor se refiere a que el perjuicio pueda ser *cierto* lo subdivide en que es *futuro* cuando se está en presencia de una posible dilación del estado actual de las cosas, como consecuencia de los cambios y *no* puede ser *eventual* pues se está frente a la existencia

²² En el ordenamiento jurídico colombiano dicho perjuicio inmaterial del demandado podría garantizarse con la caución innominada si no existieran los limitantes del artículo 590 del CGP, numeral 1, literal c y numeral 2, que por un lado impide la posibilidad de levantar medidas cautelares a través de cauciones cuando las pretensiones nos son económicas o se va a anticipar materialmente el fallo, y por otro, que solo consagra parámetros de decreto de cauciones como presupuestos para el decreto de medidas cautelares cuando hay pretensiones económicas.

²³ BÉNOIT, Francis–Paul, Citado por HENAO, Juan. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002. p.77

²⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección 3. Fallo 19836 de 2011. De 30 de junio de 2011. C. P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 19836

de una inexactitud de lo que pueda suceder ya que no existe certeza; el perjuicio es *directo* afirma el autor según la perspectiva desde la que lo observe el juez, pues las distintas teorías de la causalidad permiten considerar causa de un resultado la condición que bajo la visión del funcionario sea la correcta, así pues podría considerarse una condición como causante según la teoría de la causalidad adecuada, o de la causalidad relevante, sin embargo como lo afirma la teoría de la imputación objetiva, la mera relación de causalidad no implica que se le pueda imputar el resultado antijurídico a la condición que actuó directamente, de ahí que sea necesario evaluar la relación de la causalidad.

1.5.2 Clasificación

Nos encontramos diariamente frente a la búsqueda de ser cada día más y mejor, se escalan muchas veces posiciones sin importar si se pisan, dañan, o vulneran los derechos de otra persona. Los perjuicios se clasifican en *materiales* y *morales*:

i) Perjuicios Materiales

Al referirnos a los perjuicios materiales se suele entender por ellos el lucro cesante y el daño emergente, donde el lucro cesante es lo que se ha dejado de recibir por los daños que se hubiesen causado a determinado bien, lo que causa a la víctima una lesión de carácter monetario (de lucro), y el daño emergente va relacionado con la afectación de un bien patrimonial, lo que indica que es el valor del bien afectado.

ii) Perjuicios inmateriales

La existencia de los llamados perjuicios morales implican un desafío que se ha venido desarrollando con el pasar del tiempo, donde la reparación por estos daños se dirige al logro de *satisfacción o compensación*. Sin embargo se han realizado distintas críticas dirigidas a expresar la complejidad que representa hablar de perjuicios que no son reparables con la especie de contracautela conocida como *caución* (observada desde una perspectiva patrimonial), y que implican la utilización propia de una medida que se encuentre ajustada a su forma.

“La mayor polémica en torno al reconocimiento de los perjuicios inmateriales surge de la dificultad de aportar una prueba sobre la existencia y la medida de su cuantificación, ya que al tratarse de afecciones que consisten en sufrimientos y padecimientos propios del fuero interno del individuo, se torna complicada su demostración, sin embargo, puede decirse que dicha dificultad no lo hace imposible.”²⁵

El Consejo de Estado entiende como daño moral, la referencia al plano psíquico de la persona, que se evidencia en los dolores que son consecuencias del daño causado al

²⁵ ALVAREZ, Andrés Orión. "Estado actual de la jurisprudencia en relación con los perjuicios inmateriales". *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*. N°12. 2012. Medellín: Universidad de Antioquia. p. 45.

bien jurídico, pero desde distintos puntos de vista de la doctrina se ha considerado, que el daño moral implica un perjuicio moral de manera taxativa, pues cuando se considera como daño moral a un perjuicio inmaterial implica darle una protección diferente. Por ejemplo es común considerar que para resarcir el buen nombre de una persona se indemniza a la víctima, entonces se evidencia que esta indemnización no conduce al fin que se busca, pues no actúa directamente sobre el daño moral, se podría ubicar así al daño moral dentro de los perjuicios inmateriales, pues este daño va ligado con el sufrimiento y dolor interno.

*“Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien"... El daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas”.*²⁶

De igual forma *el daño a la vida de relación* según la misma corporación, implica como especie del daño inmaterial, que como se ha corregido no quiere decir que se limite al conocido perjuicio psicológico, si no que posee una mayor amparo y protección, sobre el daño a la vida de relación, se entiende *“como aquella “... disminución de las condiciones de existencia de la víctima...”, al no poder realizar otras actividades que hacen agradable o placentera la vida”.*²⁷

Cuando se presenta un daño, jurídicamente aparece un perjuicio de los cuales cobran mayor relevancia aquellos que representan un detrimento económico, pero cuando se analiza, el perjuicio inmaterial es silencioso, es el que queda quizás en segundo plano luego de un resarcimiento pecuniario, pero que en realidad es aquel que va en detrimento de los valores. Así pues compete realizar un breve estudio al llamado derecho de reparación, desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en busca de remediar los perjuicios que se hubieren causado.

Por otro lado se encuentra que existe lo que se conoce como *daño a la persona*, entendido como el que afecta a la persona en el ámbito “de unidad sicosomática o en su proyecto de vida”²⁸ según Fernando Sessarego, del que se desprende el *daño biológico* o el *daño a la salud*.

Desde otro punto de vista Henri Mazeaud, León Mazeaud y André Tunc consideran que es de suma importancia buscar la satisfacción del daño moral, y no solo de los

²⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección 3. Fallo 19836 de 2011. De 30 de junio de 2011. C. P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 19836

²⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección 3. Fallo 46482 de 2014. De 29 de enero de 2014. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 46482.

²⁸ PÉREZ, Camilo. *Valoración del daño inmaterial: Una perspectiva del especialista en valoración de daño en la salud mental*. Trabajo de grado Especialista en valoración. Medellín: Universidad CES. Facultad de Psicología, 2009. p. 11.

perjuicios materiales que son medibles en dinero, realizan una reflexión frente a la posición que enfrentan estos perjuicios frente a la responsabilidad, *“es inexacto pretender que la reparación del perjuicio moral se opone a los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil. En derecho, esa reparación se impone por lo tanto. Se impone también ante la equidad, y es una consideración que resultaría vano querer despreciar. Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”*.²⁹

En este orden de ideas y partiendo de la aceptación progresiva que ha tenido la reparación de daños inmateriales en el sistema jurídico colombiano y mundial de manera pecuniaria o no³⁰, y si al mismo tiempo se acepta que el demandado sufre perjuicios como consecuencia del decreto de medidas cauteles en un proceso: ¿debería garantizarse la reparación de los perjuicios inmateriales, que sufre el demandado como consecuencia del decreto de una medida cautelar, a través de una contracautela innominada que pueda evitar un futuro proceso de responsabilidad civil materializando el principio de economía procesal? Este es otro de los interrogantes que da lugar a la propuesta del semillero que más adelante se puntualizará.

1.5.3 El derecho a la reparación integral como presupuesto para la contracautela innominada

Este derecho emana del perjuicio que se hubiere causado a una persona, el cual es entendido como el que toda persona tiene a recibir en el caso de haber sufrido un daño injusto, en otras palabras, comprende el conjunto de medidas que van direccionadas a lograr que desaparezcan los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en el ámbito tanto material como inmaterial, la reparación integral debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido³¹. En este orden de ideas, la Corte IDH ha creado una verdadera doctrina en materia de reparaciones, las cuales van mucho más allá de la simple reiteración de las medidas indemnizatorias tradicionales, abarcando medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

El Relator Especial de las Naciones Unidas, Theo Van Boven, en el proyecto de principios y Directrices Básicos relativos a la reparación de violaciones flagrantes de los Derechos Humanos, estableció una clasificación que comprende los diversos aspectos que se pueden entender en una reparación, sin embargo esta clasificación

²⁹ MAZEAUD, Henri; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1999. p. 441.

³⁰ Ver el posterior desarrollo sobre reparación integral.

³¹ CORTE I.D.H. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C. 144, Párr. 1757; CORTE I.D.H. Caso de los “Niños de la calle” Vs. Guatemala. . Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C. 77, Párr.62; CORTE I.D.H. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. . Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C. 216, Párr.203.

también ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte IDH de la siguiente manera (I) la restitución, (II) la indemnización, (III) proyecto de vida, (IV) la satisfacción y las garantías de no repetición.³²

Para entender los aspectos que comprende la reparación de una violación en el caso de derechos humanos:

- i) **La restitutio in integrum:** Supone el restablecimiento de la situación anterior a la violación, en muchos casos de violaciones a derechos humanos, ésta no es posible, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria.³³
- ii) **La indemnización:** ésta se divide en:
 - a. **Daño material:** que comprende la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso conforme a lo anterior, la indemnización por daño material comprende el
 - b. **Lucro cesante:** pérdida de ingresos.
 - c. **El daño emergente (gastos):** Todos aquellos desembolsos presentes o futuros que tengan una relación de causalidad con la violación a los derechos humanos.
- iii) **Rehabilitación: (daño inmaterial)** Abarca tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de las condiciones de existencia de la víctima o su familia. La tristeza, el dolor, la aflicción y en general la supresión de las condiciones de la víctima para disfrutar la vida, son consecuencias de las violaciones a los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad, a lo largo del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH se ha manejado un nuevo concepto de daño que emerge en daño inmaterial el cual es el daño al *proyecto de vida* este atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.³⁴

³² ONU. Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Documento E/CN.4/sub.2/1993/8 de fecha 2 de julio de 1993, numeral 137, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

³³ CORTE I.D.H. Caso de los hermanos Gomez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C. 110, párr.189; CORTE I.D.H. Caso Comerciantes Vs Colombia. Sentencia de 5 de julio DE 1995.

³⁴ CORTE I.D.H. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C. 8, párr. 36. CORTE I.D.H. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C. 42 párr. 147. CORTE I.D.H. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C. 101, párr. 268.

- iv*) **Satisfacción:** Las violaciones a los derechos humanos generan un daño que debe ser reparado más allá de lo pecuniario. No se trata de negar la importancia de las indemnizaciones, sino, de que la reparación sea integral. “Las medidas de satisfacción son aquellas medidas de carácter no pecuniario que está obligado a tomar el Estado infractor, encaminadas a reparar el daño inmaterial causado a las víctimas”. Este es quizás el núcleo de medidas de reparación que más se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte IDH. Como se ha manifestado la reparación no solo consiste en cierto valor pecuniario y esto lo ha entendido este tribunal en el caso *Aloeboetoe Vs. Suriname*, donde de manera innominada se ordenó reabrir la escuela Sita en Gujaba, y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente, por otra parte en el caso *Suarez Rosero Vs. Ecuador* se determinó un variado número de medidas de toda índole. Así, podemos mencionar a modo de ejemplo la reincorporación de la víctima a su empleo del que fue arbitrariamente privado.³⁵
- v*) **Garantías de no repetición:** Todas aquellas medidas de índole político, legislativa, administrativa, encaminadas a establecer condiciones para que violaciones como las que se presentaron no se repitan. Es decir, a asegurar la vigencia de la norma internacional infringida, y a prevenir que en el futuro sucedan nuevas violaciones similares. Certificar que el Estado que ha cometido el hecho ilícito cumplirá en el futuro la obligación primaria que había infringido, estas medidas van desde las disculpas del Estado infractor, actos u obras de alcance o incidencia pública de recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la publicación de la sentencia de fondo, hasta la sanción de los responsables.

1.6 Respeto de la Imparcialidad

La imparcialidad es un criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse atendiendo a criterios objetivos, sin influencias de sesgos, prejuicios o tratos diferenciados por razones inapropiadas. La imparcialidad judicial para la doctrina es uno de los principios fundantes dentro de la actividad judicial y lo que busca es que el juez, como director del proceso en el caso colombiano, actúe sin prejuicios en una balanza justa frente a las partes, además que dentro del mismo concepto se puede hablar de la “imparcialidad” que se refiere a que el juez no sea parte dentro del mismo.

Al respecto Alvarado velloso señala: “*De tanta importancia como el anterior es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al*

³⁵ *Ibíd.*

mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)”.³⁶

Otra visión, un tanto más general la podemos tomar de la definición del Diccionario de la Lengua Española; la Real Academia define a la imparcialidad como *la “falta de designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar a favor con rectitud”*.

2. DERECHO COMPARADO

2.1 De la contracautela y la caución

En primer lugar observaremos cómo la legislación de algunos países maneja el tema de la caución y la contracautela, presupuesto necesario para el otorgamiento de la medida cautelar:

2.1.1 Argentina

Respecto de la “*Contra cautela*”, el Estado argentino dispone en su Código de Procedimiento Civil y Comercial, que esta es una caución que debe dar la parte que solicite la medida cautelar para garantizar todas las costas, daños y perjuicios que se pudiere ocasionar con su decreto³⁷ luego de que se disponga a levantarse la medida cautelar, y como nos dice el artículo 208, siempre que “(...) *se demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla (...)*” y la parte afectada lo hubiere solicitado³⁸.

³⁶ ALVARADO, Adolfo. *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*. Resumen de la conferencia a pronunciar en el Congreso Nacional de Derecho Procesal “Homenaje al Dr. Román J. Duque Corredor” en el Centro Insular de Estudios de Derecho, Porlamar, 18 de abril de 2008.

³⁷ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ley 25488 que entró en vigencia el 20 de mayo de 2002. (C.P.C. Y C.) “**Artículo 199: Contracautela.**- *La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208. En los casos de los artículos 210, incisos 2 y 3, 212, incisos 2 y 3, la caución juratoria se entenderá prestada en el pedido de medida cautelar. El juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso. Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica*”.

³⁸ *Ibíd.* (C.P.C. Y C.) “**Artículo 208: Responsabilidad.**- *Salvo en el caso de los artículos 209, inciso 1, y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución la condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte la hubiere solicitado. La determinación del monto se sustentará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según que las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible*”.

Luego ella al referirse a la graduación no menciona el grado de daños y perjuicios, sino el grado de verosimilitud de derecho³⁹ que será servirá para inferir la viabilidad del fallo y el juez guiarse para imponer la caución requisito para el decreto de medida cautelar.

Existe en este ordenamiento jurídico tres tipos de contra-cauteladas: “(...) *Juratoria, personal y real. La primera consiste en la manifestación formal de quien obtiene la medida de hacerse cargo de los eventuales perjuicios. La segunda, se da en el caso de que un tercero económicamente solvente asume la responsabilidad consecuyente afectando su patrimonio. La última importa afectar un bien o bienes determinados a las resultas de esa responsabilidad*”.⁴⁰

Es preciso mencionar que no siempre es necesaria la caución, pues según artículo 200 del mismo instrumento legislativo, se exonera de caución cuando quien actuare fuere: “(...) *la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada, [o] 2. Actuare con beneficio de litigar sin gastos*”. Al respecto, la *Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial* de Argentina, en resolución interlocutoria de 29 de abril de 2014, recalcó que el segundo supuesto, es decir, *actuar con beneficio de litigar sin gastos* no depende de que sea expresado mediante algún otro auto o resolución judicial, sino más bien, ella depende del análisis que realice el juez, pues este cuenta con la discrecionalidad, de que a mayor verosimilitud del derecho que permita inferir la no denegación de las pretensiones, puede quedar exento al actor de prestar caución real o personal, y en su caso podría únicamente correr con una caución juratoria⁴¹.

Por otra parte, el demandado también cuenta con amplias garantías pues “*En cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar, podrá pedir que se mejore la caución, probando sumariamente que es insuficiente*”, caso en el cual el juez deberá comunicarle tal decisión a la parte⁴².

También puede proponer la sustitución o modificación de una medida cautelar por otra que pueda llegar a resultar menos lesiva, o por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto siempre que concuerde con lo que se pretenda proteger, luego, para garantizar el derecho a la igualdad en el proceso y la actuación en tiempo

³⁹ TORRES MENDOZA, Arántazu. *Ámbito de aplicación y delimitación de las medidas cautelares de carácter civil frente a los principios del debido proceso y del derecho a la defensa*. Guayaquil – Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, año 2011. Pp. 64-66. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/123456789/502/1/T-UCSG-POS-MDP-14.pdf>

⁴⁰ MARQUES BATTAGLIA, Natalia F.; SAC, Matías J.; *Las Medidas cautelares contra la administración pública*. P. 49. [En línea] fecha de consulta: 23 de abril de 2014 http://www.gordillo.com/pdf_unamirada/02sac.pdf

⁴¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial. "CHAVES EZEQUIEL ADALBERTO C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ COBRO SUMARIO DE PESOS". Sala I, resolución interlocutoria de 29 de abril de 2014. Nro. de expediente 501782 de 2014.

⁴² C.P.C. y C. argentino, ob. cit. Artículo 201.

razonable, el juez da traslado a la parte por un plazo de cinco días o menos según el caso⁴³.

2.1.2 Perú

En este país se ha optado por establecer la naturaleza jurídica de la contra-cautela como un requisito para decretarse la medida cautelar, pues está destinada a garantizar el resarcimiento de los posibles daños derivados de la ejecución de una medida cautelar ante la eventualidad de que la pretensión principal sea declarada infundada.

Para algunos sectores de la doctrina, la contra-cautela será entonces una garantía de garantías y cautela de decisiones cautelares⁴⁴, ello basado en clásicos como Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei, Ramiro Podetti, Colombo, De Lazzari, entre otros.

Por el contrario, doctrina más reciente demuestra la tendencia a apartarse de tal postura, y consideran que *“la caución es un verdadero presupuesto de la medida cautelar, que resguarda al afectado de los daños que pudiera generarle la ejecución de la cautela concedida al solicitante”*⁴⁵ Nos establece que la contracautela tiene por objeto proteger al afectado con la medida cautelar, de los eventuales daños y perjuicios que se le llegasen a causar con su ejecución.

Lo novedoso de este ordenamiento es que no limita el tipo de contra cautela que deba exigirse para cada proceso, ya que en el artículo 613 dispone que *“la admisión de la contra cautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente (...)”*⁴⁶

⁴³ *Ibíd.* “**Artículo 203: MODIFICACION.-** El acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ésta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. La resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de CINCO (5) días, que el juez podrá abreviar según las circunstancias”.

⁴⁴ MIRAVALL JUVENAL, Gallardo. *Cautela y Contra cautela en el Proceso Civil*. Lima-Perú: Universidad del Perú, 2000. [En línea] http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/gallardo_m_j/t_completo.pdf fecha de consulta: 27 de abril de 2014

⁴⁵ YAYA ZUMAETA, Ulises A. *La Contra cautela, requisito de ejecución de las medidas cautelares*. Centro de Investigaciones del Poder Judicial. Lima-Perú. [En línea] <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b73c430046d48658a6c2a744013c2be7/85contracautela.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b73c430046d48658a6c2a744013c2be7> fecha de consulta 27 de abril de 2014

⁴⁶ Código Procesal Civil de Perú, Resolución Ministerial No. 10-93-JUS, promulgado el 8 de enero de 1993. “**Artículo 613.-** *Contra cautela y discrecionalidad del Juez.- La contra cautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. La admisión de la contra cautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente. - La contra cautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el Secretario respectivo. - Cuando se admite la contra cautela sometida a plazo, ésta quedará sin efecto al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la*

Contempla dentro de este mismo artículo la posibilidad de prestar caución juratoria, pero esta como un tipo de contra cautela personal. Para aquellos casos en donde no es necesaria la contra-cautela, agrega a aquellos que acceden a la justicia mediante auxilio judicial⁴⁷

Predica igualmente la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda solicitar la modificación de la medida cautelar en cualquier etapa del proceso, y ante ello tampoco impone límites, más considera la necesidad de celebrarse audiencia previa⁴⁸.

2.1.3 Venezuela

La Contra cautela, es la caución, la seguridad, la garantía que a su turno debe ofrecer y prestar quien solicita la medida cautelar a los efectos de asegurar al contrario el resarcimiento de los daños y perjuicios que le pudiera ocasionar la medida cautelar si la sentencia definitiva desestima la demanda. Se guían por la doctrina de Calamandrei, al considerar que la contra cautela “es una cautela de la cautela”.

La Contra cautela no responde por el resultado del juicio, sino por los perjuicios que la medida cautelar haya podido causar. Es una aplicación del principio de igualdad ya que si bien se le permite al beneficiario de la medida asegurar su derecho aun no reconocido por el Juez, por otro lado se obliga a que le garantice a la parte contraria el resarcimiento por los daños y perjuicios que se le pudieran ocasionar en caso de que el derecho no exista; ello enmarcándonos en un proceso declarativo.

Al respecto se ha pronunciado la rama judicial de dicho país, aduciendo lo que aquí se expone⁴⁹.

La contra cautela se presenta como condición de procedibilidad en la vía de caucionamiento, que surte efectos solo hasta después de un eventual juicio de responsabilidad civil, es decir, que deberá necesariamente accederse al pago del mismo solo hasta cuando finalice el caso sobre el que cursa la medida cautelar⁵⁰.

prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro de tercer día de vencido el plazo”.

⁴⁷ C.P.C. peruano, ob. Cit. “**Artículo 614.- Excepcionados de contra cautela.-** Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades están excepcionados de prestar contra cautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial”.

⁴⁸ *Ibíd. Artículo 617.- Variación.- A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial. - La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte. -Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.*

⁴⁹ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la circunscripción judicial del Estado Guárico. República Bolivariana de Venezuela. Expediente No. 18.410 Valle de la Pascua, 17 de Marzo de año 2.010.

⁵⁰ GIBBS, Darrin. *La Tutela Cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Caracas - Venezuela: Universidad Católica “Andrés Bello”, 2009. P. 327. [En línea] fecha consulta: 10 de mayo de 2014, <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR6628.pdf>

Para la jurisprudencia la caución es lo mismo que la contra cautela, pero se encuentra importante el hecho de que se permitan contracautelas innominadas como por ejemplo en la decisión 00429 del 11 de mayo de 2004, en la que se dispuso:

“(…) el apoderado de la contribuyente consignó (...) solicitud de medida cautelar innominada contra el acto recurrido (...) siendo decidida la solicitud de medida cautelar mediante sentencia interlocutoria de fecha 13 de agosto de 2001, en la cual expresamente se acordó otorgar la referida protección cautelar, autorizándose así la introducción bajo régimen de admisión temporal de la mercancía controvertida hasta que se dictara el pronunciamiento definitivo en el señalado juicio. Como contra cautela, se exigió a la sociedad mercantil contribuyente presentar caución auténtica de reexpedir los referidos camiones en el caso de producirse sentencia desfavorable y, asimismo, fue establecida prohibición de enajenar la citada mercancía aun cuando recayera sentencia favorable en el juicio (...)”⁵¹.

La ley no es lo suficientemente clara, al respecto, limita el tipo de cauciones⁵², pero como se presentó en apartes anteriores, es más discusión de la jurisprudencia y la doctrina.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una vez hecha la aclaración de conceptos y un análisis de derecho comparado, el semillero observa, que bajo un estudio acucioso de las medidas cautelares innominadas consagradas en el literal C del artículo 590 del CGP se omitió algunos presupuestos esenciales para garantizar la igualdad procesal, esta concepción con respecto al demandado, dado que taxativamente se establece que este no podrá presentar ningún tipo de caución para modificar, levantar o impedir la práctica de las medidas, en las situaciones que se anticipe materialmente el fallo, o que las medidas cautelares que se proponen no persigan fines pecuniarios, lo cual va en desmedro de los intereses de este y podría causarle perjuicios de carácter inmaterial. En tal sentido se plantea el siguiente interrogante: **¿Cómo garantizar la igualdad procesal con la aparición de las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico colombiano?**

⁵¹ Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela M.P. Levis Ignacio Zerpa. Expediente No. 2002-1045 <http://www.tsj.gov.ve/>

⁵² Código de Procedimiento Civil de Venezuela. “**Artículo 590:** Podrá también el Juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, sin estar llenos los extremos de ley, cuando se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que esta pudiera ocasionarle. Para los fines de esta disposición sólo se admitirán: - 1º Fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia. - 2º Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos.- 3º Prenda sobre bienes o valores. - 4º La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el Juez. - En el primer caso de este Artículo, cuando se trate de establecimientos mercantiles, el Juez requerirá la consignación en autos del último balance certificado por contador público, de la última declaración presentada al Impuesto sobre la Renta, y del correspondiente Certificado de Solvencia”.

4. SITUACIONES FÁCTICAS

4.1 CAUTELAS

El artículo 590⁵³ del Código General del Proceso, en su numeral 1, inciso 4; permite percibir las siguientes situaciones fácticas, que dejan vislumbrar la desigualdad procesal:

- 1) Taxativamente enuncia que, el demandado podrá presentar caución cuando pretenda *modificar, levantar o impedir* aquellas medidas cautelares innominadas solicitadas por el demandante, siempre y cuando las mismas versen sobre pretensiones de carácter pecuniario; dicha caución se prestará para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable y los posibles perjuicios por imposibilidad de cumplirla.
- 2) La caución mencionada anteriormente, según el legislador, no podrá presentarse cuando se anticipe materialmente el fallo.
- 3) De igual forma señala el artículo que en el evento en que una medida cautelar no esté relacionada con pretensiones económicas, se prohíbe al sujeto pasivo prestar caución para *modificar, levantar o impedir* que se practique la medida cautelar innominada propuesta por el demandante.

4.2 CONTRACAUTELAS

Por otro lado el artículo 590⁵⁴ del Código General del Proceso, numeral 2, establece lo siguiente para el *decreto* de la medida cautelar:

- 1) Sin importar la naturaleza de la medida cautelar que solicite el demandante, este debe proporcionar una caución equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda para dar garantía a los posibles perjuicios a los que se vería sometido el demandado derivado por práctica. Lo cual significa, que la caución es un presupuesto necesario para el decreto de una medida cautelar donde exista relación con pretensiones de carácter económico, vislumbrando así, que se está frente a una situación donde el sujeto pasivo quedaría sin medios para reparar el eventual perjuicio que se le pudiera causar con el decreto de una medida cautelar.

Frente a lo anterior, el semillero considera que el legislador ha dejado un vacío en aquellas pretensiones que no tienen un valor pecuniario, pues ha olvidado que no todos los posibles perjuicios generados por el decreto de la medida cautelar pueden

⁵³ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564 de 2012, 12 de Julio: “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Art 590.

⁵⁴ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564 de 2012, 12 de Julio: “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Art 590.

tener una estimación pecuniaria, si no por el contrario al gozar de una calidad no patrimonial se torna imposible una estimación netamente económica y su resarcimiento con dinero; así, abanderando nuevamente el principio de igualdad procesal surge la necesidad de que se contemplen otros tipos de reparación, lo cual se puede resolver permitiéndole al sujeto pasivo proponer una *contracautela de carácter innominado* que a su criterio satisfaga plenamente el perjuicio no patrimonial, del que eventualmente podría él llegar a ser víctima.

5. PROPUESTAS A LA PROBLEMÁTICA ENUNCIADA

Primero, es necesario que se consagren en los ordenamientos jurídicos contemporáneos la contracautela innominada con el fin de igualar a las partes en los procesos declarativos, dado que las reglas de la experiencia han enseñado que no siempre quien pretende tiene la razón del conflicto, siendo ilógico entonces que el sujeto activo no siempre con la razón en el proceso tenga medidas cautelares innominadas mientras el sujeto pasivo debe conformarse con la caución.

Segundo, frente al interrogante inmediato de cuáles serían los presupuestos para que un juez decretara una contracautela innominada el semillero, considera que es necesario aplicar analogía con relación a la regulación existente a la medida cautelar innominada, bajo el entendido de que será necesario que el juez valore elementos como la legitimación o interés para solicitar la contracautela innominada, la amenaza a generar eventuales daños inmateriales difícilmente reparables a través de una caución así como la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad, y proporcionalidad de la contracautela, propuesta que no es irracional dado que la interpretación de las normas procesales debe darse bajo la concepción de la efectividad de los derechos reconocidos en la norma sustancial y haciendo uso de los principios constitucionales y generales del derecho procesales tendientes a garantizar el debido proceso tal como lo estipula el mismo CGP en su artículo 11.

Tercero, el semillero considera que una contracautela innominada en un mismo proceso no excluye la posibilidad de que aparezcan también cauciones, como por ejemplo en un proceso declarativo de competencia desleal, en donde pueden existir pretensiones económicas dando lugar a cauciones pero en donde al mismo tiempo el sujeto pasivo, acusado de ejercer actos de competencia desleal puede tener perjuicios que difícilmente son reparados por una caución como puede suceder en los derivados del buen nombre en determinadas actividades comerciales, en donde el buen nombre sea indispensable para la actividad comercial.

Cuarto, en el evento en el que se anticipe materialmente el fallo, se propone, en aras de proteger la *igualdad procesal* del sujeto pasivo, que se lleve a cabo una audiencia de carácter urgente y expedita valiéndose de todos los medios tecnológicos con los que cuenta nuestra sociedad actual.

En dicha audiencia, se propone igualmente, que el demandado pueda proponer la sustitución de la anticipación material del fallo por una contracautela innominada, la cual resulte menos lesiva para éste y a la vez satisfaga efectivamente las pretensiones del sujeto activo. Dicha audiencia ha de celebrarse en el marco de lo urgente, con el propósito de garantizar la igualdad, la imparcialidad y en últimas, el debido proceso constitucional. Esta audiencia no es una novedad, pues como se observó en la descripción del derecho comparado, hay otros países que la están implementando.

5.1 Situaciones ejemplificativas de la propuesta

- Juan Carlos Jaramillo, un joven empresario en los negocios del sector informático, invierte 10 años de su vida en el diseño y creación de un sofisticado software. Con éste busca, además del lucro económico que genera sacarlo al mercado, un reconocimiento en su vida profesional que lo posicione como uno de los mejores profesionales en el área y que le brinde un lugar de prestigio en su vida laboral. Sin embargo, unos días antes de la publicación de software es notificado de una demanda donde se alegan los derechos de autor sobre el mismo, interpuesta por la prestigiosa y reconocida empresa “Informática S.A.”, donde además se le comunica que el software ha sido objeto de medidas cautelares, y por tal motivo se prohíbe su publicación hasta que no sea definido el conflicto.

Así las cosas, cabe preguntarse, ¿La caución de carácter patrimonial bastaría para resarcir todos los posibles perjuicios ocasionados por el decreto de la medida cautelar innominada, si en el margen de este proceso declarativo se establece que efectivamente Juan Carlos Jaramillo era el creador de dicho software?, ¿El monto dinerario, restablecería los perjuicios ocasionados a él buen nombre de este empresario? buen nombre que además es necesario para el éxito empresarial en el sector informático. Pues bien, el semillero considera que las respuestas a esos dos interrogantes son negativas. En primer lugar, no debe olvidarse que los objetivos de Juan Carlos Jaramillo no eran netamente económicos, sino que además pretendía un reconocimiento a su vida y trabajo profesional, el cual claramente se ve resquebrajado; pues aunque se determine a lo largo del proceso que dicho software era de su autoría, posiblemente cuando se levanten las medidas cautelares y se permita la publicación, el software estará desactualizado y no saciará los objetivos perseguidos de la misma manera que cuando estaba programada la publicación inicial. Por otro lado, el haber estado sujeto a un proceso donde se discutía si los derechos de autor eran suyos o habían sido usurpados por él, pueden causar grietas en la confianza de sus clientes y colegas en el mundo en que se desenvuelve, lo cual no puede suplirse con un monto de dinero, dando lugar a la búsqueda de nuevas formas de reparación.

De esta manera, es plausible contemplar la posibilidad de lo que hemos denominado “contracautelas innominadas” pues Juan Carlos Jaramillo podría solicitar al juez que más allá del dinero (sin excluirlo), en caso de que se determine que es él quien

efectivamente goza de los derechos de autor sobre el software, “Informática S.A” deba reconocer su error ofreciendo excusas públicas para enmendar las afecciones al buen nombre del demandado, y además, publicitar su nombre en algunos de sus productos más representativos pues de esta manera en algo se restituye su intención de posicionarse en el mercado con un buen reconocimiento a su vida y trabajo profesional. Solo así podríamos hablar de un verdadero resarcimiento a los posibles perjuicios ocasionados con el decreto de una medida cautelar innominada.

Además de lo anterior, la figura de las contracautelas innominadas, podría aparecer aun en el decreto de una medida cautelar nominada, por ejemplo, en un embargo, así:

- A Margarita Caicedo Ramos le es embargada su casa dentro del marco de un proceso declarativo de responsabilidad extracontractual, y al término del proceso se determina que ella, siendo la parte demandada no tenía la responsabilidad alegada; acto seguido es levantada la medida cautelar que recaía sobre su inmueble y la caución se resuelve a su favor. Pero con el paso de los años Margarita requiere de un crédito de \$100'000.000 y acude al banco “Banco único S.A.”.

Ante la solicitud de crédito de Margarita, “Banco único S.A” realiza el respectivo estudio sobre ella y se percata de que uno de sus inmuebles fue objeto de un embargo y por esta razón niega el crédito solicitado por ella, pues asume que Margarita tiene antecedentes negativos en su historial crediticia. Pese a que el proceso se resolvió a su favor, vemos que la caución de carácter pecuniario no cubre todos los posibles perjuicios a los que se ve sometida la parte demandada foco del decreto de medidas cautelares, resultando útil pensar en otro tipo de contracautela que garantice en mayor grado que las cosas vuelvan al estado anterior al decreto de la medida cautelar.

Para el presente caso, Margarita podría solicitar al Juez en el marco del proceso una contracautela innominada, como lo sería por ejemplo que en caso de resultar ella como la parte victoriosa dentro del litigio, además del levantamiento de la medida cautelar se haga una anotación en el folio de matrícula inmobiliaria ordenada por el juez aclarando que pese a haber sido el inmueble objeto de un embargo dentro del proceso no fue por su incumplimiento que quedó demostrado en el proceso; y de esta manera se protege a la parte demandada de perjuicios que está obligada a sufrir.

Las anteriores ejemplificaciones de la propuesta se basan atendiendo a un concepto de necesario cumplimiento en Latinoamérica a la luz de lo señalado por la corte interamericana de derechos humanos, el cual es la reparación integral, dicha corte como ya se ha hecho referencia anteriormente señala la necesidad de proveer que los ciudadanos sean resarcidos en los diferentes situaciones que le señalen daños y perjuicios, la contracautela innominada propuesta por el presente semillero responde a ese planteamiento, sin embargo para mayor ilustración, a continuación se presenta

otras ejemplificaciones distintas a las anteriores en relación con lo señalado por la CIDH:

- I. En un caso de familia, un extranjero viene a adoptar un niño ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); una vez realizado todo el proceso de adopción del menor, el cual contaba con siete años de edad, y un mes antes de salir del país con su nuevo hijo, llegan rumores al ICBF respecto de que el señor era homosexual. Una vez enterado un funcionario público inicia el proceso de anulación de la adopción, y como medida cautelar innominada solicita que el menor regrese al sitio donde se encontraba antes de iniciar el proceso de adopción, de manera inmediata, para evitar que salga del país y sea más difícil volver a encontrarlo o se llegue a entorpecer el proceso. Ante ello, el juez de familia concede la medida cautelar que en este caso sería innominada y de tipo anticipatoria por tratar de prevenir un daño irreparable o de difícil reparaciónⁱ y para garantizar la eficacia real del posible fallo favorableⁱⁱ, ante lo cual debe aclararse que son meros rumores y se está en un proceso en donde deben allegarse pruebas de lo aseverado.⁵⁵

Dado lo anterior, es sabido que cuando se pretende solicitar una medida cautelar en procesos donde se pretenda anticipar materialmente el fallo, según el artículo 590 numeral 2⁵⁶, no será necesario para el demandante constituir una caución, en este caso contracautela, para garantizar posibles perjuicios al demandado con su decreto, ni tampoco para modificar, levantar o sustituir la medida cautelar por parte del demandado cuando se pretenda anticipar materialmente el fallo o las medidas cautelares se soliciten en un proceso donde las pretensiones no sean de carácter pecuniario. Pero, el legislador deja un poco de lado, que no solo existen perjuicios patrimoniales, también existen otros daños que se concretan en perjuicios inmateriales y entre ellos los morales, psicológicos, daños al proyecto de vida, a la vida en relación. Ante estos, la Corte IDH, consideró muy sabiamente conceptos como la reparación integral, la cual se trató en acápites anteriores⁵⁷.

Los planteamientos que se hacen en el presente caso, es que en un primer lugar ya había transcurrido un largo tiempo, que fue suficiente para crear un vínculo estrecho de vida entre el padre adoptante y el hijo adoptivo, por lo que se alega que en el caso de no comprobarse la homosexualidad, el padre adoptante está en la posibilidad de solicitar como contra cautela innominada que el ICBF ofrezca unas disculpas públicas antes esos mismos medios de comunicación por los cuales se le tacho de homosexual y por lo cual se le causan daños inmateriales, entre ellos morales y psicológicos, no solo

⁵⁵ Este ejemplo es de gran utilidad en donde se impide a los miembros de la comunidad LGTBI acceder a la adopción.

⁵⁶ Código General del Proceso Colombiano, Ley 1564 de 2012, artículo 590. 2: "(...) No será necesario prestar caución para la ractica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia."

a él sino también y de una mayor magnitud al menor; incluso podría solicitarse que la sentencia sea publicada en un diario de amplia circulación nacional como medio de reparación moral.

En un segundo momento podría solicitar el padre en discusión, presuponiendo que estamos frente a una medida cautelar innominada y anticipatoria, que se le permita visitar al menor periódicamente en el tiempo en que este se encuentre bajo la potestad del Estado, para evitar mayores afectaciones morales y psicológicas tanto a él como al menor. Ello garantizaría la posibilidad de garantizarle la igualdad procesal al padre en discusión.

Para tales medidas solicitadas como contracautela, queremos traer a colación los parámetros manejados en diversos casos por la Corte IDH, entre estos:

“Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho”⁵⁸.

- En el caso de *“Fornerón e hija vs. Argentina”*, se ve un claro ejemplo en donde se ordenó al Estado adoptar todas las medidas tendientes a establecer el vínculo de vida familiar entre el señor Fornerón y su hija, y para satisfacer el interés superior del niño, debería adoptarse de manera urgente un régimen de visitas para ello⁵⁹, e incluso restituir a la niña a su familia de origen⁶⁰, que para el caso que proponemos como ejemplo sería conveniente devolver al menor a la familia que ya lo había adoptado.
- Trasladémonos al marco de un proceso declarativo de carácter laboral, en el que una persona que se encuentra trabajando en una empresa muy reconocida, a la cual ingresó con las aspiraciones de trabajar un tiempo allí para darle mayor fortaleza a su hoja de vida, se encontraba vinculado con la empresa mediante contrato de trabajo a término fijo, con una duración igual a dos años.

Pasados 20 meses, es despedido por su empleador, sin demostrarle las pruebas fehacientes en las que se basa para decir que adquirió dicho trabajo mediante la presentación de documentos falsos, ni escuchar por ende previamente los descargos

⁵⁸ Corte IDH: *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 146; *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 110; *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 278.

⁵⁹ Corte IDH: *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, ibídem, párr. 150; entre otras medidas, se le ordenó al Estado tener en cuenta la opinión de la menor a fin de adoptar las formas más adecuadas para lograr ese efectivo establecimiento de vida familiar, de acuerdo con la edad de la menor y su madurez mental.

⁶⁰ Ibídem párr. 153. Medidas de restitución, que según esa misma corporación debería adoptarse gradualmente y no de una manera apresurada, ya que para el momento de obtener el señor Fornerón el reconocimiento de sus derechos, la menor había pasado más de doce años conviviendo con otra familia.

por el trabajador en cuestión, al menos así lo alegó al momento de interponer este último demanda.

Al respecto, cabe decir que como no es un trabajador al cual deba dársele un trato especial, como sería si fuese aforado, entonces debe acudir a un proceso que demore más tiempo, ello sería mínimo de 3 años, según el código de procedimiento laboral.

Teniendo en cuenta que el trabajador es quien interpone la demanda, solicita como medida cautelar innominada, que se le permita seguir laborando en la empresa hasta tanto se compruebe que los documentos realmente eran falsos y haya lugar a un despido con justa causa, pues ello en consideración al tiempo transcurrido en la empresa, y la estabilidad que ya había ganado con la misma, luego, ante la demora podría dañarse su proyecto de vida, el cual sería de difícil reparación. Medida que fue concedida por el juez laboral respectivo. Como consecuencia de la medida cautelar tomada por el juzgado, el demandante no solicita ningún tipo de indemnización, pero sí que se le permita cumplir a cabalidad el contrato inicial para impedir daños y perjuicios en su vida profesional y laboral, y segundo que no se le hagan tales anotaciones en su hoja de vida.

Ante ello, el empleador aduce en la contestación de la demanda que él si escuchó los descargos previos del empleador, y que le hizo traslado de las razones por las cuales se basaba para despedirlo bajo una justa causa⁶¹. Nuevamente se reitera que estamos ante un proceso declarativo, por tanto no se ha demostrado quien tiene la razón; posiblemente sea el trabajador como también lo sea el empleador.

Sería ilógico, que se le permita al trabajador solicitar una medida cautelar innominada, pero no permitírsele al empleador poder solicitar como contra cautela innominada que en caso tal de que el trabajador cause daños o perjuicios en la empresa, como correr a los consumidores permanentes de los productos que comercializa la empresa, o dañar la imagen de esta, cosas que no necesariamente son reparables con indemnización como sucedería cuando se causa perjuicio en el buen nombre.

Al respecto, este semillero considera que pudiera permitírsele al demandado, solicitar como contracautela innominada, que en caso tal de salir favorecido, y dado a los daños o perjuicios que puedan ocasionársele con el decreto de tal medida cautelar, a parte de las posibles indemnizaciones a las cuales daría lugar el contrato que adolece de causa ilícita, se adopte por parte del demandado, que ante la posible afectación al buen nombre que el trabajador cauce, se comprometa a que de salir favorable al aquí demandado la eventual sentencia, y por ende el levantamiento de la medida cautelar solicitada en principio, este se comprometa a ofrecer disculpas públicas dirigidas a la clientela que ha sido objeto de engaño y resaltar que la empresa con la cual han venido

⁶¹ Código Sustantivo del Trabajo Colombiano, artículo 62 literal A numeral 1: “*El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener provecho indebido*”

celebrando negocios jurídicos por muchos años, es una muy seria y responsable. Luego lo que ocurrió con su caso no fue culpa de esta, al no poder enterarse antes dado el gran encubrimiento de la verdadera información de quien fungía como trabajador.

Como lo ha expresado la Corte IDH, las medidas de satisfacción, restitución y garantías de no repetición, son formas de reparar el daño inmaterial que no tenga alcance pecuniario⁶². Es sabido que el derecho laboral pretende proteger por lo general al extremo débil de la relación, es decir al trabajador que se subordina al poder económico de su patrón, pero nuevamente se deja de lado, que las empresas viven de su buen nombre que depende en gran medida de la calidad de servicios que ofrecen a sus consumidores. En este caso, a este extremo el cual se considera fuerte, también se le causan daños que posiblemente no sean reparables pecuniariamente.

- El caso “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos*) vs. *Chile*, NO hablan sobre las distintas formas de reparación integral. Solo dice que la sentencia constituye per se una forma de reparación.
- En el caso “*Suárez Rosero vs. Ecuador*”, como medidas de satisfacción ordenan la publicación de la sentencia en un diario oficial y que el Estado le brindara disculpas públicas por los daños causados.
- En el Caso “*Reverón Trujillo vs. Venezuela*”, no fue probado el daño moral ni psicológico, por lo cual, la Corte IDH solo dispuso la publicación de los párrafos más importantes de la sentencia y como consecuencia eliminar de su historial u hoja de vida los despidos injustificados que se le realizaron cuando ejercía como Juez de Venezuela.
- En el Caso “*Chocrón Chocrón vs. Venezuela*”, se solicitó como medidas de reparación que se restituyera al cargo anterior y la publicación en un diario oficial o de amplia circulación nacional de los párrafos más importantes de la sentencia, también como el hecho de que contra las víctimas, testigos o peritos no se tomen futuras retaliaciones, aunque la Corte responde a ello, que no es obligatorio declararlo como una forma de reparación, sino que es una Obligación internacional del Estado.
- El 14 de octubre del 2011 se inicia un proceso de pertenencia sobre un conjunto de tierras en las que existen minas de oro promovido por la Industria minería Diamante en contra de la familia piraquibe, miembro de una comunidad indígena. En el transcurso de dicho proceso, no hay claridad a quien le pueda llegar a pertenecer el derecho de dominio de dicha propiedad en disputa, pues las familia indígenas demandadas , alegan

⁶² Corte IDH: *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costa*. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 148

que el territorio les fue arrebatado por grupos subversivos al punto de causarles un desplazamiento forzado y que al mismo tiempo dicha propiedad no es de ellos sino de la comunidad indígena a la cual pertenecen, mientras que la industria minera "Diamante", la parte demandante allegó varios escritos argumentando: a) que habían cumplido con todos los trámites y requisitos necesarios para obtener el permiso para la explotación minera de dicho territorio b) que contaban con los permisos ambientales exigidos por la legislación nacional para llevar a cabo la explotación de oro; c) que habían actuado de buena fe en todo momento pues fue el mismo Estado el que otorgó tal concesión, por ultimo solicitaron como medida cautelar innominada que mientras no se definiera la pertenencia de tal territorio, estas familias deberán ser desalojadas de tal predio.

En virtud del anterior marco factico traído a colación, el semillero se plantea, si en el lapso del proceso con aras de alcanzar la igualdad procesal, sería procedente conceder una contra cautela innominada que garantice los posibles perjuicios no económicos que puedan ser causados a esta comunidad, a causa del decreto de dicha medida cautelar la cual busca privar a estas personas de su vinculación estrecha con sus tierras ancestrales, así como con los recursos naturales que les permite sobrevivir como comunidad y conservar su identidad cultural, estructura social, sus costumbres, creencias y tradiciones. Es de notoria evidencia que al arrebatarnos nuevamente su territorio se estaría agravando el daño espiritual que esta comunidad indígena ya ha padecido a causa del conflicto armado interno que llevo a despojarlos de sus tierras ancestrales las cuales llegan a considerarla como sagradas

Para resolver el anterior planteamiento nos disponemos acudir nuevamente al Sistema IDH, especialmente a su principal órgano la Corte IDH la cual ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintos casos. Sobre los tipos de daños que pueden padecer una comunidad indígena, tribal o campesina al momento de interrumpir su conexión con su territorio ancestral y las diferentes medidas que ha tomado este tribunal para hacer resarcir los perjuicios causados, con el fin de considerar la más indicada para constituir una contra cautela que garantice los daños no avaluados pecuniariamente, y reconozca el derecho histórico que con llevan estas comunidades sobre sus tierras

En ocasión a dicho fin resulta pertinente citar el caso de "*La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs .El estado de Nicaragua*". Es precisamente en este caso en donde la corte tuvo su primera oportunidad en manifestarse a favor de la protección de las tierras ancestrales que mantienen la identidad cultural de este tipo de comunidades, en palabras de la Corte IDH: "(...)Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas

*mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (...)*⁶³

“La Corte considera que debido a la situación en que se encuentra este grupo indígena por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debe ser reparado, por vía sustitutiva en el sentido de que debe ser entregado nuevamente tal territorio”.

Con respecto al caso de las “comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río cacarica (operación génesis) vs. Colombia”, vale la pena destacar que es el caso más reciente sobre desplazamiento forzado de comunidades afrodescendientes de su territorio a causa del conflicto armado interno como medidas de rehabilitación la corte ordenó:

“Como se ha constatado que los daños sufridos por las víctimas se refieren no sólo a aspectos de su identidad individual, sino también a la pérdida de sus raíces y vínculos comunitarios, resulta pertinente disponer una medida de reparación que busque reducir padecimientos psicosociales. Con el fin de contribuir a la reparación de estos daños, el Tribunal considera que se debe brindar gratuitamente, sin cargo alguno, el tratamiento adecuado y prioritario que requieran dichas personas, incluida la provisión de medicamentos. y Al proveer el tratamiento psicológico se deben considerar las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, de manera que se les brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada uno de ellos”⁶⁴.

En el caso “Pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador”, los hechos se enmarcan en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku, en vista

⁶³ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 148

⁶⁴ Corte IDH, caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río cacarica (operación génesis) vs. Colombia, Sentencia del 20 de noviembre del 2013., excepciones preliminares , fondo y reparaciones , párrafo 451

de tales los sucesos la Corte IDH consideró como mejor forma de reparación dictar una serie de medidas de restitución⁶⁵.

El Tribunal considera una forma de reparación la eventual restitución de las tierras ancestrales a su comunidad y además la realización de estudios integrales de impacto ambiental y social, por parte de entidades técnicamente capacitadas e independientes, y con la participación activa de las comunidades indígenas involucradas.

CONCLUSIONES:

En torno al trabajo de investigación realizado, se concluye:

1. La igualdad es el principio que le da legitimidad a la función jurisdiccional de los Estados, pues cuando los ciudadanos acuden al juez para solucionar sus controversias y cuentan con la garantía de actuar en igualdad, se materializa la esencia del Estado Social de Derecho.
2. Dentro del gran género de aquellas medidas cautelares que se pueden adoptar sin someterse a la taxatividad, están aquellas medidas que versan sobre el objeto de litigio y lo anticipan sin configurar un prejuzgamiento.
3. El concepto de caución y contracautela se han de diferenciar. Si bien es cierto la caución es la especie y la contracautela es el género, ambas persiguen finalidades diferentes, toda vez que la caución se ha de entender como la garantía que debe prestar quien solicita una medida cautelar, para garantizar los posibles perjuicios pecuniarios que se deriven con su decreto; por otro lado la contracautela se ha de predicar del demandado, quien la solicita para proteger sus intereses particulares frente al otorgamiento de una medida cautelar, y su naturaleza puede o no perseguir la garantía de perjuicios económicos⁶⁶.
4. En Argentina no existe la distinción que realiza Colombia respecto de en qué procesos sea obligatoria una caución o contracautela, ni para el actor ni para el posible afectado con su decreto, para modificarla o sustituirla. Cuestión que aparece limitada en Colombia al restringir la obligatoriedad de exigir contra cautelas o cauciones para cuando el objeto de la demanda sean pretensiones pecuniarias.
5. Perú nos habla también sobre la caución juramentada para cuando exista verosimilitud en el derecho, luego, no descarta la posibilidad de que se practiquen contra cautelas o cauciones de tal tipo para cuando se refiere a procesos cognoscitivos. Luego, lo que tienen en común estos dos países, es que no restringen la contra cautela frente a medidas que anticipen materialmente el fallo, sino que se guían por la idoneidad de la misma para garantizar el equilibrio en un proceso. Permiten la sustitución o modificación a petición de partes respetando la

⁶⁵ Corte IDH, *caso pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones), párrafo 300.

⁶⁶ Esta conclusión bajo las contradicciones evidentes que se destacaron a lo largo de escrito en el Código General del Proceso.

opinión de las partes que se escuchará en una audiencia previa a la modificación de medidas cautelares.

6. Venezuela, respecto de sus fallos administrativos, nos da un acercamiento a lo que en esta investigación pretendemos llamar contracautela innominada.
7. Ante el decreto de medidas cautelares en un proceso declarativo que tiendan a anticipar materialmente el fallo, el ordenamiento colombiano debería perfeccionar dicha situación en aras de la igualdad procesal, es decir que se permita la contradicción, el favorecimiento de la igualdad de armas ante las consecuencias que tendrían dichas medidas en el demandado, lo cual se puede hacer con la implementación en la audiencia urgente, la cual con los antecedentes enunciados a nivel europeo pueden sentar paradigma y perfección respecto de las medidas anticipatorias.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Doctrina:

1. ALVARADO, Adolfo. *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*. Resumen de la conferencia a pronunciar en el Congreso Nacional de Derecho Procesal “Homenaje al Dr. Román J. Duque Corredor” en el Centro Insular de Estudios de Derecho, Porlamar, 18 de abril de 2008.
2. ALVAREZ, Andrés. *Estado actual de la jurisprudencia en relación con los perjuicios inmateriales*. [En línea] [Consultado el 26 de Febrero de 2014]. Disponible en: http://www.andresorionabogados.com/wp-content/uploads/2013/03/Revista_No._20.pdf
3. BERIZONCE, Roberto. *Medidas Cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de Amparo*. Argentina: Revista de la Universidad Nacional de La Plata.
4. CALAMANDREI, Piero. *Las providencias cautelares*. Bogotá: Editorial Leyer, 2009.
5. CALAMANDREI, Piero. *Medidas Cautelares*. Escrito conjunto coordinado por Jaime Greif, edición 1ra. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rubinzal Culzoni, 2002.
6. CASSAGNE, Ezequiel. *Las Medidas Cautelares contra la administración*. [Artículo en línea]. http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/E_Cassagne/Medidas%20cautelares.pdf
7. GIBBS, Darrin. *La Tutela Cautelar en el proceso contencioso administrativo venezolano*. Caracas - Venezuela: Universidad Católica “Andrés Bello”, 2009.
8. GÓMEZ, Martha; PALACIOS, Carmen; et al. “*Anticipación de la Tutela*”, La Plata: Editorial Librería Editora Platense S.R.P., 1996.
9. HENAO, Juan. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2002.

10. MIRAVAL, Gallardo. *Cautela y Contra cautela en el Proceso Civil*. Lima-Perú: Universidad del Perú, 2000.
11. MONROY, Juan. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra editores, 2004.
12. ORTIZ, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas: en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas: Paredes editores, 1997.
13. PARRA, Jairo, "Proyecto de Código General de Proceso, Exposición de motivos", Código General del Proceso, 1º Edición, Bogotá D.C. 2012
14. PARRA, Jairo. *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Editorial Temis, Bogotá, 2004.
15. PARRA, Jairo. *Tratado de la prueba judicial indicios y presunciones*. Tomo IV, 4º Edición. Ediciones librería el profesional, Bogotá, 2001.
16. RUBÉN, José. *Procesos de ejecución y procesos cautelares*. Lima: Editorial Huallaga, 1996.
17. TORRES, Arántzazu. *Ámbito de aplicación y delimitación de las medidas cautelares de carácter civil frente a los principios del debido proceso y del derecho a la defensa*. Guayaquil – Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, año 2011.
18. YAYA, Ulises. *La Contra cautela, requisito de ejecución de las medidas cautelares*. Centro de Investigaciones del Poder Judicial. Lima-Perú.

2. Jurisprudencia:

1. ARGENTINA. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial. "CHAVES EZEQUIEL ADALBERTO C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ COBRO SUMARIO DE PESOS". Sala I, resolución interlocutoria de 29 de abril de 2014. Nro. de expediente 501782 de 2014.
2. COLOMBIA. Consejo de Estado. Fallo 19836 de 2011, de 30 de junio de 2011.
3. COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C, enero veintinueve (29) de dos mil catorce (2014). Expediente: 46482.
4. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-431/95. De 28 de septiembre de 1995.
5. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-523/09. De 10 de junio de 2009. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-690/08. De 11 de julio de 2008.
6. CORTE I.D.H. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C 144.
7. CORTE I.D.H. Caso de los "Niños de la calle" Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie 77, Párr.62; Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C 216.

8. CORTE I.D.H. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C 72; Corte IDH. Caso de la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C 115.
9. CORTE I.D.H. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C 110, párr.189; Corte IDH. Caso Comerciantes Vs Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio.
10. CORTE I.D.H. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C 8, párr. 36. Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C 42.
11. CORTE I.D.H. Caso Myrna Chang Vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C 101.
12. CORTE I.D.H. Opinión Consultiva. OC-16/99, de 1-10-99, párr. 119.
13. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Transito de la circunscripción judicial del Estado Guárico. Expediente No. 18.410 Valle de la Pascua, 17 de Marzo de año 2.010.
14. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. República Bolivariana. Tribunal Supremo de Justicia de M.P. Levis Ignacio Zerpa. Expediente No. 2002-1045
15. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Tribunal Supremo de Justicia (Juzgado Duodécimo). Asunto: AH18-X-2011-000069. Incidencia del 30 de marzo de 2012. Providencia del 9 de febrero de 2012.

3. Legislación:

1. PERÚ. Código Procesal Civil, Resolución Ministerial No. 10-93-JUS, promulgada el 8 de Enero de 1993.
2. COLOMBIA. Código General del Procesal. Ley 1564 del 2012.

**ANTE SITUACIONES GRAVES Y URGENTES:
¿ES EL RECURSO DE PROTECCIÓN UNA HERRAMIENTA CAUTELAR IDÓNEA?***

Semillero “Sociedad de Debate”
Universidad de Antofagasta**

Juan Alcapio Vilche, Lisette Castillo Geraldo, Nolvia Collao Collao, Liliana González Cortés, Josué López Guerra, Jeann López Mohamed, Álvaro Quaas Rojas, César Quiroga Miranda, Nicolás Pérez Castro y Paula Vásquez Magalhaes.

Director: Enrique Letelier Loyola¹

RESUMEN:

Hemos fijado como objetivo de este trabajo responder a la pregunta: ¿existe en el ordenamiento jurídico chileno un mecanismo idóneo para garantizar las pretensiones de los justiciables? Y para ello hemos investigado la evolución de las medidas cautelares, que han cambiado desde un concepto meramente patrimonial hacia uno mucho más amplio. Luego, hemos intentado identificar las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva y como esta se relaciona con las medidas cautelares. Por otro lado, hemos analizado la institución que en Chile es la llamada a lidiar con la gran mayoría de las situaciones de vulneración de los derechos fundamentales, el Recurso de Protección, señalando si cumple con estándares internacionales y si se manifiestan los elementos y presupuestos de las medidas cautelares, para esto hemos utilizado jurisprudencia nacional, comparada e internacional además de las diversas normas *pacticias* sobre la materia, asimismo las opiniones consultivas que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para luego formular las críticas que nos merece este mecanismo en cuanto a su estructura, elementos y tramitación, para

* Artículo inédito. Recibido

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre del 2014, en la ciudad de Cartagena.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Antofagasta (Chile).

¹ Director del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Antofagasta (Chile).

finalizar señalando propuestas para asegurar en Chile el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de la tutela cautelar.

Palabras claves: medidas cautelares – tutela judicial efectiva – Recurso de protección – poder cautelar genérico

ABSTRACT:

We have settled of this paper to answer the question does exist in the Chilean legal system an ideal mechanism to guarantee the claim of litigants? And in order to do so, we have researched the evolution of interim measures, which had changed from a mere patrimonial concept to a broader one. Then, we have tried to identify the expressions of the right to an effective remedy and how this is related to interim measures. On the other hand, we have analyzed the institution in Chile that is in charged to deal with the situation of violation of fundamental rights, is the Remedy of Protection, highlighting if this mechanism meets international standards and if the interim measures elements and assumptions are stated, for this purpose we have used national, comparative and international jurisprudence and also many convention-based rules and the Interamerican Court of Human Rights advisory opinions. Furthermore we intend to criticize this mechanism in terms of structure, elements and proceeding, to finally point out proposals to ensure in Chile the right to an effective remedy in the context of interim relief.

Key words: interim measures- effective remedy- Remedy of protection – generic interim protection

ABREVIATURAS:

AA (Auto Acordado); art. /artt. (artículo/ artículos); inc. (inciso); CA (Corte de Apelaciones); CADH (Convención Americana de Derechos Humanos); CENC (Comisión de Estudios para la Nueva Constitución de Chile); CGP (Código General del Proceso); CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos); CorteIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos); CPC (Código de Procedimiento Civil); CPR (Constitución Política de la República de Chile); CS (Corte Suprema de Chile); CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina); PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); PNCPC (Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil); STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); TC (Tribunal Constitucional)

1. EVOLUCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR: HACIA LA NECESIDAD DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Aun cuando hace años el hombre optó por la heterocomposición en lugar de la autotutela, destacando la intervención de un tercero imparcial en la solución del conflicto, es útil cuestionarse sobre qué ocurre con el acceso al proceso. Si el este derecho al proceso no se encuentra reconocido de forma expresa en la CPR chilena, así como lo está en otros ordenamientos jurídicos¹, se puede extraer de una interpretación sistemática de los artt. 5 inc. 2, 19 N° 3 inc. 1 y 19 N° 14 y del texto constitucional.² No obstante, estas disposiciones no garantizan, al menos expresamente, el derecho a una *tutela útil e idónea*.³

A fines de la década de los ochenta y comienzos de los años noventa, como consecuencia del término de las dictaduras en Latinoamérica, se introdujeron varias reformas constitucionales que incorporaron una serie de derechos sociales, como el derecho a salud, la educación y la tutela medioambiental, los cuales aunque están positivados no se encuentra *efectivamente* garantizados.⁴ Esto genera un problema a los justiciables, por lo que algunos autores plantean como solución establecer algunos mecanismos procesales diversos, como la tutela judicial diferenciada, que consiste en una restricción al juicio de lato conocimiento por motivos de celeridad procesal y para un efectivo conocimiento de la causa, ya que muchos de estos derechos son derechos materiales privilegiados, es decir son mercedores de un trato preferencial pues, por su naturaleza, constituyen la base del Estado Derecho.⁵

Así, la relativización de algunos principios del proceso se hace necesaria para asegurar óptimamente los llamados *derechos de tercera generación*.⁶ Los tribunales responden ante los justiciables con el ejercicio de la función jurisdiccional, conociendo, resolviendo y haciendo ejecutar lo juzgado, como prescribe nuestra Carta Fundamental⁷, pero la función jurisdiccional no se agota ahí, ya que “subyace una

¹ Artículo 24.1 de la Constitución Española: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Artículo 24 de la Constitución Italiana. “Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos que esté expresamente prevista por convenciones internacionales. Queda prohibida toda extradición por delitos políticos”

² Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 141.

³ Morello, Mario. *Anticipación de la Tutela*. Editorial Platense, La Plata, 1996, p. 6

⁴ OC 8/87, de 30 de enero de 1987, “El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías”, solicitada a la CIDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁵ Véase Berizonce, Roberto. *Tutela Procesales Diferenciadas*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

⁶ Duran Ribera, Willman Ruperto. “La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional”. *Ius et Praxis*, Talca, v. 8, n. 2, p. 177-194, 2002. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-00122002000200006&lng=es&nrm=iso>.

⁷ Artículo 76 CPR: «La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas

manifestación del poder-deber jurisdiccional que no recibió explícita consagración: se trata de la potestad cautelar, manifestación de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero con carácter provisional e instrumental a la verdadera y propia función jurisdiccional predicable del proceso de fondo que no empaña tal carácter.”⁸

1.1. Tutela judicial efectiva

La posibilidad de contar con un *recurso sencillo, rápido y eficaz* frente a la vulneración de los derechos del individuo no es una problemática de hoy, sino que se arrastra a lo largo del tiempo⁹. Expresaba Couture que la tutela jurídica “consiste en que, en un lugar geográfico determinado y en un momento histórico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen que sinceramente la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales, las respeten y las ejecuten positivamente.”¹⁰ Pero este concepto clásico, ante las necesidades que se originan en la evolución del sistema procesal, no describe una herramienta capaz de satisfacer los requerimientos actuales en el acceso a la justicia y la eficacia de las resoluciones judiciales, además de confundir las nociones de *tutela judicial efectiva* y *debido proceso*.¹¹

Tal confusión no es solo doctrinaria, sino que se ha manifestado en diversos fallos del TC chileno¹², pero la doctrina moderna los distingue claramente, señalando que “estamos en presencia de dos derechos fundamentales diferentes que entran en contacto pero cada uno en su ámbito”¹³, los que tienen objetivos y elementos característicos. El debido proceso, tiene por objetivo garantizar una respuesta jurisdiccional oportuna, cumplimiento del estándar de imparcialidad en sentido amplio y la bilateralidad de la audiencia, y su contenido contempla entre otros: a) el derecho al juez natural, b) el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, c) la igualdad de

pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.»

⁸ Tavolari, Raúl. *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, p. 141.

En este mismo sentido Bordalí Salamanca, Andrés. “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. En *Revista de Derecho*. Vol. 19, N° 2, Valdivia, diciembre, 2006, p. 213, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art10.pdf>

⁹ Sobre el recurso rápido y sencillo, ver el art. 25.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁰ Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 484.

¹¹ Véase Berizonce, ob cit, p. 20 y ss.

¹² SSTC de 22 de octubre de 1996, rol N° 248 (voto de minoría del abogado integrante Eduardo Soto Kloss); de 17 de noviembre de 2006, Rol N° 546; de 28 de enero de 2010, Rol 1535; y de 22 de junio de 2010, Rol 1373.

¹³ Bordalí Salamanca, Andrés. “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 38, N° 2, 2011, p. 335, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v38n2/art06.pdf>

partes, d) el derecho a la prueba y e) el derecho a la defensa. Por su parte el estándar de la tutela judicial efectiva tiene por objetivo garantizar el acceso a la función jurisdiccional y su alcance es el siguiente: a) el derecho de acceso a la justicia; b) el derecho a que el tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho; c) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (derecho que incluye entre sus contenidos la invariabilidad de las resoluciones judiciales o respeto de la cosa juzgada, el derecho a disponer de medidas cautelares y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales) y d) el derecho al recurso legalmente previsto¹⁴.

Por su parte, la jurisprudencia actual ratifica las nociones señaladas, entendiendo que “el derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener de los tribunales de una resolución motivada, no permitiéndose el que por parte de éstas se pueda sufrir indefensión al no permitírseles ejercer todas las facultades legalmente reconocidas”¹⁵.

Dentro de las facultades que tienen los justiciables para resguardar su derecho a la tutela judicial existe el poder cautelar genérico, que para la profesora uruguaya Selva Klett “Constituye un poder implícito que deriva de los caracteres propios de la tutela judicial efectiva, al establecer el poder-deber del órgano judicial de decidir, en un tiempo razonable, acerca de la pretensión planteada, declarando el derecho de los litigantes. Pues bien, para que la tutela sea efectiva se requiere además que la jurisdicción incluya la decisión de lo principal, sino y fundamentalmente la protección accesoria, de precaución, de prevención, de seguridad a través de la dictación de medidas cautelares de todo tipo. Es decir, la potestad de instrumentar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la ejecución de la sentencia o la protección inmediata de algún derecho vulnerado.”¹⁶ Si bien está estrechamente vinculado al concepto de jurisdicción, autónomamente el poder cautelar podemos entenderlo como un derecho del Estado, fundado en la necesidad general de la tutela del Derecho. Como consecuencia de lo anterior y para evitar un riesgo que se traduce en la posibilidad de que la parte vencedora resulte burlada o frustrada en su pretensión de resarcimiento, se invocan las medidas cautelares o preventivas.

1.2. Medidas Cautelares

Las medidas cautelares han sufrido un cambio de paradigma en cuanto a su finalidad, la que ha transitado desde una concepción *conservativa – patrimonial* a una *asegurativa* planteada en términos amplios, que se denomina poder cautelar genérico.

¹⁴ Bordalí, *ibídem*, p. 329.

¹⁵ Véase en España las SSTC 32/1982 de 7 de junio; 57/1984, 8 de mayo; 102/1984, de 12 de noviembre y 117/1986, de 13 de octubre, entre otras.

¹⁶ Klett Fernández, Selva, “Las medidas cautelares innominadas en el código general del proceso de la república oriental del Uruguay”. En *actas del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, Septiembre, 2013, p. 999.

Podemos entender las medidas cautelares con finalidades conservativas como aquellas que sirven para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma.”¹⁷ Esta noción proviene de un sentido restringido de jurisdicción, que obliga al juez a intervenir solo cuando exista un daño o se declare por una sentencia constitutiva o declarativa, respondiendo a los valores jurídicos imperantes en una época, propios de un Estado de derecho de matriz liberal.¹⁸ Siguiendo esta lógica, podemos afirmar que los pilares en los que se sustenta la concepción clásica de las medidas cautelares son: a) la finalidad de asegurar el fin práctico de la acción, b) su patrimonialidad, asegurando uno o más bienes. Muestra de ello es la existencia, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, de instituciones jurídicas tendientes a la conservación y aseguramiento de bienes¹⁹. Pero en la actualidad no basta la custodia de una cosa o asegurar la ejecución forzada de una pretensión, como plantea la visión clásica o patrimonial, sino que además se exige el resguardo de nuevos derechos sociales, lo que se traduce en el incremento de las facultades del juez, conllevando importantes consecuencias procesales como son la implementación de *medidas inovativas y autosatisfactivas*.²⁰

1.3. Medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno

En nuestro ordenamiento jurídico la tutela cautelar se construye siguiendo los lineamientos anteriormente señalados, tanto para asegurar el resultado de la pretensión, como su patrimonialidad²¹. Así el CPC, vigente desde 1903, contempla como medidas cautelares el secuestro de la cosa, el nombramiento de uno o más

¹⁷ Calamandrei, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares*. Editorial “El Foro”, Buenos Aires, 1996, p. 56.

¹⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. “La Evolución de la Técnica Anticipatoria y de la Tutela Preventiva en Brasil”. En actas del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, Septiembre, 2013, p. 977 y ss.

¹⁹ Así, destacan entre éstas, como las más comunes, el embargo preventivo y el secuestro, con extenso desarrollo y análisis en Satta, Salvatore. *Manual de derecho procesal civil*. Tomo II, Editorial EJE, Buenos Aires, 1971, pp. 214-226; Fernández, Miguel Ángel. *Derecho procesal civil*. Tomo III, 4ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, pp. 412-432; Podetti, Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. 2ª ed., Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1969, pp. 215-285; Couture, Eduardo. *Estudios del Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Editorial EDIAR, Buenos Aires, pp. 252-258, entre otros.

²⁰ Alvarado Velloso, Adolfo. “El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión”. En actas del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, Septiembre, 2013, p. 868.

²¹ En este sentido, para Juan Carlos Marín “Dos son las ideas matrices que destacan de esta construcción: (i) en primer lugar, las medidas cautelares sirven para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor. (ii) En segundo término, las medidas cautelares son esencialmente patrimoniales, esto es, pretenden asegurar uno o más bienes en pos de una futura ejecución forzosa”. Marín González, Juan Carlos. “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: Su tratamiento en algunas leyes especiales”. En *Revista de estudios de la justicia*, N° 8, 2006, p. 13, disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15100/15513>

interventores, retención de bienes determinados y la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados, entre otras²², figuras que hallan su origen en el *Código de las Siete Partidas* y la *Novísima Recopilación* (1805) y que tienen por finalidad resguardar el estado de la cosas hasta la resolución del caso.

Sin perjuicio de lo anterior, en el art. 298 inciso segundo del CPC se halla la norma de apertura para configurar un poder cautelar genérico, que a pesar de sus términos, es una *norma durmiente* de escasa utilización.²³ Explicando este su desuso, Raúl Tavolari arguye que existe una desconfianza recíproca entre jueces y juristas; los primeros miran con recelo esta norma debido a su amplitud y falta de criterios en su otorgamiento, por lo que evitan su aplicación, y por esto, los abogados ante la práctica pretoriana se abstienen de solicitarla.²⁴

Con el correr de los años el estatuto cautelar chileno, siguiendo la tendencia procesal moderna, ha intentado evolucionar hacia una concepción anticipativa en la satisfacción de la pretensión.²⁵ Parte de esta evolución se ha manifestado en la dictación de leyes reguladoras de procesos especiales, destacando las reformas en materia de derecho de familia y de derecho del trabajo. Así, el artículo 22 inciso 1° de la ley 19.968 prescribe: «Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, *podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes*. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar» (destacado nuestro).

En este punto destaca el hecho que el legislador haya dispuesto medidas cautelares *innovativas* que podrá decretar el Juez de Familia, ya que éstas permiten acceder a una tutela *satisfactiva*; entre ellas se pueden considerar las medidas anticipativas y además *autosatisfactivas*, pudiéndose incorporar el otorgamiento de alimentos provisorios en el juicio de alimentos.

Por su parte, dentro del procedimiento laboral, el artículo 444 inciso 1° del Código del Trabajo dispone:

²² Instituciones que encuentran su regulación en el título V, libro II, bajo el epígrafe “Las Medidas Precautorias” del CPC chileno.

²³ Art. 298 inc. 2° CPC: «Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.»

²⁴ Tavolari, ob. cit., p. 164.

²⁵ En este sentido, podemos apreciar en derecho de familia, la medida que obliga a entregar alimentos provisorios; y en derecho del trabajo, la inmediata reincorporación de los trabajadores, durante los juicios de nulidad o despido indebido, improcedente y justificado.

Sin embargo esa tendencia anticipatoria de la tutela, no ha estado exenta de críticas (Véase Alvarado Velloso, ob. cit., pp. 861-885)

«En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado.»

En este precepto se aprecia una noción amplia de la medida cautelar, alejándose de la noción clásica patrimonial y acercándose al reconocimiento expreso de una potestad cautelar genérica del juez en nuestro ordenamiento jurídico²⁶, al contemplar entre sus finalidades la protección de los derechos de los trabajadores, lo que implícitamente significa ampliar el catálogo de medidas cautelares con efectos que exceden lo meramente patrimonial.

Por otro lado, con fecha 12 de marzo de 2012 ingresó al Congreso Nacional el proyecto de ley del nuevo Código Procesal Civil (actualmente en tramitación), donde se regulan sistemáticamente las medidas cautelares anticipatorias e innominadas, estableciéndose un procedimiento de tramitación incidental.²⁷

1.4. Estándar internacional del poder cautelar

Para ir entendiendo este estándar, es necesario analizar algunos cuerpos normativos modernos que han incorporado nuevos criterios sobre las medidas cautelares.

El proyecto chileno en tramitación sigue la tendencia de los códigos procesales latinoamericanos más recientes, dentro de los que se reconocen medidas cautelares anticipatorias e innovativas, las que se adecuan a la urgencia de satisfacer o tutelar eficazmente los derechos fundamentales. Así ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos procesales civiles de Colombia, Uruguay y Brasil.²⁸

²⁶ Marín González, ob. cit., p. 33.

²⁷ El PNCPC (boletín N° 8197-07 de 13 de marzo de 2012) innova agregando a las medidas cautelares tradicionales, las medidas cautelares innovativas (artículo 188) y las medidas cautelares conservativas no contempladas en la ley (artículo 187).

²⁸ Art. 590 CGP Colombia: «Cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.»

Art. 312 CGP Uruguay: «Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso. La insistencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberá justificarse sumariamente.»

Art. 273 1° CPC Brasil (código vigente): «El juez podrá, a requerimiento de la parte, anticipar total, o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que existiendo prueba inequívoca se convenza de la verisimilitud de la alegación y; haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o que quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.»

En el ámbito de la competencia de la CIDH el mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 25 de su Reglamento, destacándose que para decretar medidas cautelares las situaciones que representen un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de petición o caso pendiente ante los órganos del sistema interamericano, han de ser *graves y urgentes*.²⁹

Además de los requisitos antes mencionados, para conformar el estándar internacional lo señalado en el artículo 25.1 de la CADH, que garantiza el derecho a un recurso rápido y efectivo (*effective remedy*) deben considerarse los estándares sobre la necesidad de eficacia y efectividad de los mecanismos de aseguramiento de una pretensión.

En Chile, el mecanismo más rápido y eficaz que regula el ordenamiento jurídico es el Recurso de Protección, que tiene por finalidad garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos y garantías fundamentales.

2. EL RECURSO DE PROTECCIÓN

Es importante preguntarse si en esta institución cautelar de carácter constitucional se encuentra reconocido jurídicamente un poder cautelar genérico, pues si bien desde sus orígenes cumplió la función de ser “una verdadera llave maestra del estado de derecho chileno, la única vía que permitía obtener una oportuna y efectiva tutela judicial para prácticamente toda posición jurídica subjetiva de los ciudadanos”³⁰, esta herramienta ha sido cuestionada según se verá.

2.1. Naturaleza jurídica del recurso de protección

El recurso de protección es una institución que se regula en el artículo 20 de la CPR y que tiene por objetivo obtener que el tribunal competente tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado frente a actos u omisiones ilegales o arbitrarias que vulneran algunos derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 de la misma Carta Fundamental:

Véase también el Cap. II del Tít. II del Libro V del nuevo *Código de Proceso Civil* brasileño, sancionado por la ley n° 13.105 de marzo de 2015.

²⁹ La gravedad es definida por la Comisión como «el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano», mientras que la urgencia como «la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar.» Art. 25.1 y 2 a) y b), Reglamento de la CIDH, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>

³⁰ Bordalí, Andrés. “El Recurso de Protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. En *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N° 2, diciembre, 2006, p. 206.

«El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.» (art. 20 CPR)

De acuerdo con ese contenido, el recurso de protección chileno es similar a la acción constitucional que en Argentina y otros países latinoamericanos se conoce como *Recurso de Amparo*, en el sentido que ambas acciones tienen por finalidad la tutela de derechos fundamentales vulnerados, considerándose especialmente los ya mencionados derechos de cuarta generación.

Las dos fuentes jurídicas más relevantes que reconoce esta acción constitucional en Chile son el art. 20 ya citado y *el Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales* (CS 24 de junio de 1992, modificado el 8 de junio del 2007)³¹.

A pesar de la denominación que le atribuye el artículo 20 de la Constitución, cierto es que el recurso de protección no es un recurso, sino una acción constitucional. No es un recurso por cuanto no busca modificar, revocar o anular una sentencia judicial, sino provocar la intervención jurisdiccional en resguardo de la observancia y tutela de los derechos fundamentales. Con todo, el AA que lo regula hace sinónimas ambas expresiones en su artículo 1º al disponer: «El recurso o acción de protección...»

El recurso de protección chileno es una acción específica de emergencia, con un procedimiento rápido e informal. Se ha dicho, en este sentido, que se trata de una “acción cautelar” o de una “acción cautelar inmediata”, toda vez que tiene por finalidad garantizar el debido resguardo de un derecho constitucional amenazado o conculcado. Es por esto que la CS ha resuelto la necesidad que el derecho que se dice vulnerado sea *legítimo*, es decir, “que se funde en claras situaciones de facto que permitan por este especial procedimiento restablecer el imperio del derecho; pero es

³¹ Entre la fecha de presentación de esta ponencia y su envío para publicación la CS modificó nuevamente el AA sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, por medio del auto acordado de 28 de agosto de 2015.

improcedente que por medio de él se pretenda un pronunciamiento sobre situaciones de fondo, que son de lato conocimiento”³².

Lo anterior ha llevado a la CS a entender que el recurso de protección es una acción de naturaleza cautelar. Y además se entiende que debe tratarse de una tutela expedita, rápida y eficaz donde se “cautele” el derecho, sin perjuicio de que el asunto pueda ser visto por un juez de merito, si se lleva nuevamente a la jurisdicción.

Ahondando sobre la naturaleza jurídica del recurso de protección chileno, se ha sostenido que correspondería a una “acción cautelar”, aserto que se basa en las expresiones del comisionado señor Ortúzar durante la sesión n° 214 de la CENC, quien expresó: “De manera que este es un procedimiento de emergencia, por decirlo así, que tiene por objeto lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, *restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado.*” (destacado nuestro). Esta declaración ha llevado a algunos autores a sostener que el recurso de protección es una acción cautelar³³.

Se ha sostenido por la jurisprudencia que el recurso de protección en ningún caso puede tener por objeto la declaración o constitución de derechos, desde que “fue establecido con el fin de servir de remedio rápido, expedito, pronto y eficaz frente a manifiestas violaciones de los derechos amparados por el mismo y está concebido para dar respuesta inmediata a situaciones de hecho que, constituyendo actos u omisiones arbitrarios o ilegales, amagan o vulneran el ejercicio de algunas de las garantías individuales que señala el artículo 20 de la Constitución”³⁴.

En la misma línea, se ha declarado que “la acción o recurso de protección es una medida cautelar de rango constitucional (...)”, por lo que existiendo un juicio ordinario para demandar con los caracteres de “un proceso que ofrezca las debidas garantías de ser racional y justo, permitiendo la contradictoriedad y la posibilidad de rendir pruebas, garantía que se configura naturalmente en los juicios de lato conocimiento y no en la sede de protección, que tiene por objeto servir de remedio rápido, expedito, pronto y eficaz frente a manifiestas violaciones de estos derechos y a restablecer de manera inmediata el imperio del derecho (...)”, el recurso de protección no puede prosperar.³⁵

En suma la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha declarado reiteradamente que el recurso de protección es una *acción constitucional de carácter cautelar*, que tiene por finalidad amparar el legítimo ejercicio de *derechos indiscutidos* y

³² CS, recurso de protección, sentencia de 22 de junio 1992.

³³ Vargas Miranda, Rafael. *Instituciones de Derecho Ambiental. El Recurso de Protección Ambiental*. Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2007, p. 71.

³⁴ Expresiones vertidas por el Contralor General de la República en Sesión ordinaria 4ª del senado (11 de octubre de 1994) [disponible en www.senado.cl/appsenado/index]

³⁵ CA San Miguel, Rol 178-2007 (sentencia de 31 diciembre 2007)

preexistentes, adoptándose providencias para poner remedio a un acto u omisión arbitrario o ilegal que afecte a ese ejercicio, pero que por su naturaleza cautelar no es posible que esa vía pueda utilizarse para declarar o constituir situaciones jurídicas nuevas.

Con todo, hay un sector de la doctrina chilena, encabezado por Raúl Tavolari que considera errada dicha calificación, porque al recurso de protección le falta el requisito de la *accesoriedad* propia de la actividad cautelar, por cuanto toda acción busca al final la protección o garantía de un derecho. Lo que sí resulta muchas veces cautelar en el recurso de protección, es la sentencia que lo acoge, por cuanto dispone medidas tendientes a “asegurar o garantizar al favorecido el ejercicio de un derecho. Tal mandato será cautelar.”³⁶

2.2. El recurso de protección a la luz de los presupuestos y estándares procesales de la tutela cautelar y su manifestación jurisprudencial.

2.2.1. *Periculum in mora*

El *periculum in mora* constituye uno de los presupuestos clásicos de la tutela cautelar. Si bien en la actualidad se ha confundido con la urgencia, no ha de olvidarse lo señalado por Calamandrei, para quien “lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz.”³⁷ Ahondando en esta idea, explica el mismo autor que “el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito.”³⁸

Este presupuesto se reconoce en la jurisprudencia nacional. En la sentencia dictada por la CA de Copiapó en el conocido caso denominado “Pascualama”, en el que distintas comunidades indígenas de la etnia diaguita recurrieron de protección en contra de la Compañía Minera Nevada SpA, por haber incumplido las medidas de mitigación comprometidas por ésta al realizar los estudios de impacto medioambiental necesarios para la realización del proyecto minero ubicado en valle del Huasco, región de Atacama. En particular, se esgrimió que la empresa no habría cumplido, entre otros, con el modelo matemático de dispersión de emisiones de polvo, junto a la realización de otras actividades sin las autorizaciones administrativas respectivas. Por lo anterior, y en consideración a las pruebas presentadas, la Corte declaró que “Minera Nevada

³⁶ Vide y cf. Tavolari, Raúl. *El Proceso en Acción*. Editorial Libromar, Santiago, 2000, pp. 462 y 463.

³⁷ Cf. Calamandrei, ob. cit., p. 71.

³⁸ *Ibidem*, p. 72.

SpA ha incurrido en deficiencias en la implementación de las medidas de mitigación y control de material particulado, derivado de la no humectación de los caminos cercanos a los glaciares, advirtiendo que los cuerpos de hielo Toro 1 y Esperanza mantienen una capa de material articulado de algunos centímetros de espesor, lo que a su vez, según la RCA *se traduce en una eventual afectación a aquellos recursos naturales y en consecuencia en un riesgo de daño ambiental que debe cesar en aras a no generar más perjuicios a los bienes jurídicos tutelados, tanto en el orden nacional como internacional.*” (cursivas nuestras).³⁹

El mismo tribunal estimó que, dado el incumplimiento de las medidas de mitigación comprometidas, el daño causado era de tal envergadura, que la actividad minera “debía cesar en aras a no generar más perjuicios”. Con esto la Corte buscó evitar el daño irreparable que la polución ocasionaría a los glaciares si se continuaba con la actividad minera sin que se adoptasen las medidas ordenadas por la Resolución de Calificación Ambiental.⁴⁰

La CS se ha manifestado respecto a los criterios preventivos a seguir en materia medioambiental. En una sentencia reciente ha declarado “Que en armonía con lo anterior surge el principio preventivo que informa la normativa ambiental. En tal perspectiva, cuando una actividad económica represente riesgos para el medio ambiente, *aun cuando no exista certeza de los mismos*, deben adoptarse las medidas que permitan resguardar el ambiente, pues su degradación afecta a toda la comunidad al impactar en el medio y la calidad de vida en la cual todos compartimos y nos desarrollamos...” (cursivas nuestras).⁴¹

2.2.2. *Fumus bonis iuris*

El segundo presupuesto esencial de la actividad cautelar lo constituye la “aparición de buen derecho” o *fumus boni iuris*. Para Tavolari “se trata de un grado de convicción del juez acerca de la posibilidad de dictarse, en definitiva, una resolución sobre el fondo, favorable al sujeto que impetra la tutela jurisdiccional.”⁴² Así también lo sostiene Juan Carlos Marín, para quien “lo que en este estadio procesal se debe acreditar es similar a lo que los ingleses denominan *a good arguable case*, es decir, se debe acreditar en una primera aproximación y en sede provisional, que razonablemente hay probabilidades de obtener una sentencia favorable.” Agrega que “no se trata de acreditar de un modo fehaciente que efectivamente se tendrá éxito en la

³⁹ CA Copiapó, Rol 300-2012, sentencia de 15 de Julio de 2013, considerando 8º, pf. 3º.

⁴⁰ El tribunal resolvió “1. Mantener paralizada construcción del proyecto minero en cuestión hasta que se adopten todas las medidas contempladas en la RCA para el adecuado funcionamiento del sistema de manejo de aguas, así como las medidas urgentes y transitorias que ha ordenado la Superintendencia de Medio Ambiente, previa verificación por parte de la mencionada autoridad medioambiental.” (*ibidem*).

⁴¹ CS, Rol 3918-2012, sentencia de 2 de mayo de 2013, considerando 16º (reclamo de ilegalidad deducido en contra de la Municipalidad de Concón)

⁴² Ob. cit. (1994), pp. 146 y ss.

reclamación final, supuesto en el cual estaríamos anticipando en sede provisional lo que sólo se exige al final del juicio. Estamos en una zona intermedia entre la convicción (que sólo se producirá en la sentencia definitiva) y la mera afirmación de un derecho.”⁴³

Así también lo ha sostenido la CorteIDH en el conocido caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, declarando, en la resolución sobre medidas provisionales, que “Se está ante una apariencia razonable de riesgo de violación de los derechos alegados por los peticionarios (*fumus boni iuris*) si se ejecuta la sentencia, por lo que se reúne el requisito de extrema gravedad en la amenaza a la libertad de expresión de las presuntas víctimas”⁴⁴. En este caso la Corte consideró la existencia de apariencia de buen derecho al estimar que, de procederse a la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, que condenaba a Mauricio Herrera Ulloa por cuatro delitos penales, significaba afectar el derecho de reclamante a la libertad de expresión, además de provocar una alteración a su *status quo*. Por esta razón la Corte ordenó al Estado de Costa Rica, como medida cautelar, dejar sin efecto provisionalmente la sentencia.

En el mismo caso, la Corte sostuvo que “en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.”⁴⁵

Si bien, no se trata de importar acriticamente al proceso de tutela constitucional las categorías del juicio declarativo civil, como las de *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, puesto que el debate es distinto y los efectos de las sentencia diferentes, no es menos cierto que tratándose especialmente de la apariencia de buen derecho, lo que la CA debe apreciar es que hay una fuerte y grave probabilidad que existan, en perjuicio de una persona, acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que produzcan los efecto de privar, perturbar o amenazar el legítimo ejercicio de alguno de los derechos y garantías reconocidos en el catálogo del art. 19 CPR. Tanto la doctrina como la jurisprudencia advierten que el debate en sede del recurso de protección es una primera aproximación y tutela a una situación desventajosa y que atentatoria, mas no impide que luego, en un juicio de lato conocimiento se discuta sobre la existencia del derecho que el reclamante alega vulneración (en particular cuando el recurso es denegado). De esta forma, la

⁴³ Marín, Juan Carlos. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 2004, p. 251 y ss.

⁴⁴ CorteIDH, causa *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, resolución de 23 de mayo de 2001, pf. 3.d.

⁴⁵ CorteIDH, resolución sobre medidas provisionales, de 6 de diciembre de 2001, considerando 4°.

sentencia que se dicte en el recurso de amparo produciría, bajo algunos supuestos, sólo *cosa juzgada formal*.⁴⁶

2.2.3. Eficacia

Un carácter relevante de la tutela cautelar es su *eficacia*, ya que de nada serviría que el ordenamiento jurídico esté dotado de un sinnúmero de mecanismos y herramientas procesales, si éstas no son eficaces en su implementación. Lo mismo opina la CorteIDH, la que ha fijado ese estándar en diversos fallos sometidos a su conocimiento.

La Corte lo ha declarado expresamente a propósito de los recursos judiciales. Así, en el caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica* señaló que “el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior, procure la corrección de decisiones jurisdicciones contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo.”⁴⁷ En *Las Palmeras contra Colombia*, entendió que “... no basta con la exigencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención.”⁴⁸

Entendemos que la eficacia es un criterio exigido transversalmente para todos aquellos medios o herramientas procesales, que busquen el resguardo y la protección de los derechos humanos de los justiciables.

2.2.4. Urgencia

Otro elemento importante de la tutela cautelar es la *urgencia*, ya que de nada serviría que se impusiera un sin número de mecanismos si estos no están implementados de forma urgente para intervenir en el momento necesario. Este elemento está esencialmente relacionado al temor del *periculum in mora*, ya que ante el peligro de daño jurídico derivado del retardo de la producción de la providencia definitiva, el tiempo es un factor determinante. En este sentido y siguiendo lo planteado por Mario Morello, quien señala que “Ante este eminente peligro se requiere que la providencia cautelar tenga el carácter de urgente, es decir, que el juez tenga que dictarlo sin retardo”⁴⁹. Esta urgencia está determinada por la tardanza que potencia la

⁴⁶ Con las limitaciones y prevenciones que explica Raúl Tavolari, ob. cit. (2000), pp. 526 y sig.

⁴⁷ CorteIDH, *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, pf. 161.

⁴⁸ CorteIDH, *Las Palmeras contra Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001, pf. 58.

⁴⁹ Morello, Mario Augusto y Vécovi, Enrique. “Medidas Provisionales y Medidas Cautelares”. En Rey Cantor, Ernesto, Rey Anaya, Ángela. *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf>

consumación del riesgo, no solo por la habitual dilación del resultado final sino, en esencia, por la necesidad casi siempre imperiosa de anticipar, aunque sea provisional, el bien tutelado por un derecho fundamental, cuando aquella vulneración signifique un daño irreparable para su titular.

La *urgencia*, se puede percibir en dos aspectos determinantes, el primero de ellos es que la urgencia tiene una vinculación natural con el tiempo en que la problemática es resuelta, con el fin de que la protección resulte exitosa y efectiva, que responde esencialmente al principio “*al menor tiempo, mayor es la eficacia*”. Esta es una característica definitoria, dado que todos los actores buscan que sus derechos sean satisfechos en menor tiempo. Y en segundo lugar se relaciona con la inminencia del daño, por la imperiosidad del derecho a cautelar. Así queda de manifiesto con la positivización de los elementos de urgencia y gravedad en el artículo 299 del CPC chileno.⁵⁰

La CSJN en el caso “Defensor del pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (providencia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, el que buscaba el restablecimiento de servicios básicos de agua y alimentos a comunidades indígenas, con fecha de 18 de septiembre de 2007⁵¹, sentencia que: “A fin de que se los condene a que adopten las medidas necesarias para modificar las actuales condiciones de vida de las poblaciones indígenas (...). Que la gravedad y *urgencia* de los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional...”.⁵² Con motivo de lo anterior, el máximo tribunal argentino sentenció “Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios.”⁵³

⁵⁰ Art. 299 inc. 1° del CPC «En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes exigiendo caución para responder por los perjuicios que resulten...»

⁵² CSJN, D. 578. XLIII. Originario, 18-9-2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nac. Y otra (Prov. De Chaco) s/Proceso de conocimiento”, disponible en: <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/07/Fallo-Chaco-defensor-del-pueblo.pdf>. Considerando 3°.

⁵³ *Ibíd.*, III decisión resolutive.

De esta forma, podemos apreciar que a consecuencia de las necesidades imperiosas de las comunidades indígenas de Argentina, se logra que el poder judicial de aquella nación, dada la importancia de los derechos a tutelar, le impute el carácter de *urgente* a la pretensión para que se materialicen las medidas necesarias en un período de tiempo determinado y así cumplir con las necesidades básicas de las comunidades, estableciéndose, como la vía más idónea para evitar que aquellas omisiones a estos puedan causar un mal mayor en la población.

2.2.5. Idoneidad

Otro de los elementos que se ha considerado esencial de la tutela cautelar es la *idoneidad*. Es definido por Raúl Tavolari como “la aptitud precisa de la actuación cautelar, para caucionar el fin que se busca y no otro u otros”⁵⁴, dado que la medida cautelar debe ser idónea para asegurar la futura ejecución de la sentencia. Este criterio es primordial al momento de solicitar u otorgar una medida cautelar, ya que el otorgamiento de medidas cautelares que no sean adecuadas y óptimas para el caso particular, podrían devenir en daños injustos o la obtención de transacciones no equitativas.

En este sentido, la CorteIDH en respuesta a la solicitud de la CIDH de otorgar “las medidas de protección idóneas”⁵⁵ para el señor Danilo Rueda, frente al riesgo de haber sido amenazado de muerte en forma reiterada y objeto de al menos tres eventos que afectaren su vida o integridad física; resolvió “... requerir al Estado que mantenga las medidas que estuviere implementando, así como también adopte, de forma inmediata e individualizada, las necesarias y efectivas medidas complementarias que resulten a partir de la evaluación de la situación particular de riesgo del señor Rueda, a fin de evitar daños irreparables a su vida e integridad personal, de conformidad con los Considerandos 9 a 16 de esta Resolución.”⁵⁶ Por tanto, la Corte respondió a la idoneidad de las medidas provisionales al requerir al Estado de Colombia que adopte las medidas inmediatas y *personalizadas*, necesarias y *efectivas* para evitar daños irreparables a la vida e integridad personal de la víctima.

2.3. Críticas al recurso de protección Chileno

El hecho de que la CA posea la facultad de declarar inadmisibile el recurso de protección en los casos en que este se interponga de forma extemporánea o no cumpla

⁵⁴ Cfr. Tavolari, Raúl. *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*. Editorial Jurídico, 1994, p. 145.

⁵⁵ “Establecer un mecanismo rápido y efectivo de evaluación del riesgo del señor Danilo Rueda, que permita identificar cualitativamente las fuentes actuales de riesgo y, consecuentemente, las medidas de protección idóneas frente a las mismas” CorteIDH, sentencia de 28 de mayo de 2014, caso *Danilo Rueda*, párrafo 4.b, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/rueda_se_02.pdf

⁵⁶ CorteIDH, sentencia de 28 de mayo de 2014, caso *Danilo Rueda*, parte resolutive, párrafo 1.

con el requisito de real vulneración de los derechos fundamentales, tal como lo dispone el número 2 del AA dictado por la CS para la tramitación de este recurso, implica una afectación inminente y directa al derecho a la tutela judicial efectiva, al verse restringida y limitada la posibilidad de acceso y tutela del pretendido derecho.

Por otro lado señalamos que el recurso de protección altera la organización jurídica del Estado. En este sentido nos referimos principalmente a dos problemas. En primer lugar, la lesión al derecho fundamental del justiciable de solicitar tutela al tribunal más cercano territorialmente –la viejísima garantía del acudir ante el *juez de la tierra*–, lo que no se concreta en el caso de esta acción constitucional, puesto que el conocimiento en primera instancia se le encomienda a la CA respectiva que, por lo general, se encuentra en la capital de la región, habiendo un total de 17 Cortes para 15 regiones a del país. De este modo, no se satisface el derecho al *juez natural* por los extensos recorridos que desde ciertas localidades deben realizar los justiciables para obtener tutela. Este problema también se presenta en segunda instancia, y de manera agravada, ya que el tribunal conocedor es la CS, ubicada en la capital de Chile. En segundo lugar, debido a la importancia que posee el recurso de protección, el conocimiento de éste debe realizarse de forma rápida, lo cual se ha transformado en un problema, ya que la gran cantidad de recursos de protección que se someten al conocimiento de los órganos competentes provoca que tanto la CA como la CS se distraigan de su labor principal. En este sentido el Bordalí sostiene que "la experiencia en nuestro país indica que las Cortes dedican mucho tiempo a la protecciones descuidando el conocimiento oportuno y adecuado de las apelaciones. Pero hay más. Tenemos a nuestra Corte Suprema fallando una enorme cantidad de apelaciones en materia de protección dejando a un lado su tarea principal cual es fijar la correcta interpretación de la ley a través del Recursos de Casación en el Fondo."⁵⁷ Según la información proporcionada por la Corporación Administrativa del Poder Judicial durante el año 2011 ingresaron a las Cortes de apelaciones del país un total de 32.045 recursos de protección.

Por tanto, producto de los requisitos del recurso de protección y el problema de la organización territorial, aumentan los costos del acceso a la justicia, ya que tenemos por un lado las grandes distancias que deben recorrer los justiciables hacia las CA y por otro, la necesidad de acudir con representante, condiciones que atentan directamente contra la garantía de un recurso sencillo, contenida en diversos tratados internacionales, como el mencionado art. 25.1 de la CADH, volviendo a éste un recurso inaccesible para la población mas vulnerable de país .

Y en este orden de ideas la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en algunas sentencias que la configuración actual del recurso de protección infringe el artículo 25.1 de CADH y 8.1 del mismo pacto. En este sentido en el Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones

⁵⁷ Bordalí, Andrés. "El Recurso de Protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica". En *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N° 2, diciembre, 2006, pp. 206-207.

y Costas) que en sus considerando 131 señalaba. (“Para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad...”⁵⁸), y considerando 143. “...la Corte concluye que la referida decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que declaró inadmisibile el recurso de protección no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada, por lo que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención.”⁵⁹

El recurso de protección utilizado como instrumento cautelar afecta la seguridad jurídica de los justiciables. El hecho de que esta acción constitucional no produzca la cualidad de cosa juzgada material, trae como consecuencia la posibilidad de ventilar el asunto en un juicio posterior de lato conocimiento. En este sentido, las partes no tienen claridad ni certeza de que lo resuelto por el tribunal concedor del recurso, se consolidará como definitivo. Otro aspecto criticable es la imposibilidad de generar una dogmática constitucional consistente en materia de derechos fundamentales, pues la CS por un lado y el TC por otro, dan contenido a los derechos de manera paralela, produciéndose una dicotomía en cuanto a qué se entiende por cada derecho subjetivo esencial. Quien recurre de protección no tiene certeza respecto al contenido del derecho a utilizar por el respectivo tribunal.

2.3.1. Críticas en cuanto a la regulación normativa e implementación del recurso de protección

Además de su consagración constitucional, en el art. 20 CPR, el recurso de protección está regulado en el AA del 24 de junio de 1992 “Sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales”. Esta norma emana de las facultades económicas de la CS, que le permiten adoptar todas las providencias necesarias para una realización expedita del engranaje jurisdiccional. Sin embargo, al AA pueden formularse fuertes reparos de constitucionalidad, pues vulnera el principio de reserva legal en materia de procedimientos, consagrado en el artículo 63 n° 3 de la CPR, y también en el artículo 19 n° 6 del mismo cuerpo normativo.

En fin, al momento de analizar la tramitación del recurso de protección, podemos advertir una vulneración al derecho fundamental del debido proceso, ya que el referido AA no admite término probatorio dentro de éste, afectando de este modo el derecho a la prueba que tienen los justiciables, en conformidad a las normas del debido proceso que se encuentran establecidas en el artículo 19 n° 3 de la C.P.R y complementadas con las normas pacticias, de acuerdo al artículo 14.1 del PIDCIP y el artículo 8.1 de la CADH.

⁵⁸ Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 2, párr. 192; *Caso Baldeón García*, *supra* nota 2, párr. 144; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 93, párr. 213.

⁵⁹ CorteIDH, sentencia de 19 de septiembre de 2006, caso *Claude Reyes*, parte resolutive.

CONCLUSIONES:

1. Aquellas herramientas procesales, conocidas como medidas cautelares, han ido evolucionando. Desde su concepción clásica, que las hace aplicables sólo como un medio para asegurar el resultado práctico de una pretensión, recayendo siempre en bienes patrimoniales, hacia un cometido amplio más amplia, que garantiza no tan solo la ejecución de la pretensión satisfecha en juicio, sino que también asegura una tutela judicial efectiva.
2. A lo largo de la investigación hemos señalado que la potestad cautelar se desprende de un aspecto de la jurisdicción, que faculta al juez para adoptar las medidas adecuadas en orden a garantizar una determinada pretensión. Esta potestad se materializa en el ordenamiento patrio desde la publicación del vigente CPC en el año 1903, el cual establece el poder cautelar genérico. Sin embargo, este no ha sido suficiente para superar la desconfianza de los operadores jurídicos para impetrar solicitudes de tutela cautelar o bien imponerlas amparadas en esta facultad, situación que ha llevado a un exiguo desarrollo jurisprudencial de esta herramienta.
3. De acuerdo a lo anterior, se hace necesario superar la desconfianza existente entre el legislador y los jueces, para así dotar a estos últimos de amplios poderes cautelares. Dicha situación se ha ido atenuando, en el sentido que el legislador ha ido incorporando en ciertos procedimientos especiales medidas cautelares innominadas y anticipatorias, como ocurre en los procedimientos laborales y de familia. Un ejemplo de aquello es lo que ocurre en materia comercial con la ley 18.092 sobre letra de cambio y pagaré, estableciendo en el art. 94 una medida cautelar anticipatoria, en que el juez puede decretar la suspensión provisional de la aceptación y el pago cuando se trate de una solicitud de extravío de una letra de cambio o pagaré.
4. Al no haber un desarrollo jurisprudencial sobre las medidas cautelares innominadas y anticipatorias, que en buenas cuentas permitan la obtención de una tutela judicial adecuada, se han buscado soluciones alternativas, como la acción constitucional *cautelar* de protección, la que se ha convertido en una institución supletoria frente a la ausencia de otro mecanismo idóneo para el efecto.
5. El Recurso de Protección chileno es una acción constitucional cautelar, pensada como una herramienta de fácil acceso y rápida tramitación, para aquellas situaciones en que se hayan producido vulneraciones de derechos fundamentales contemplados en el catálogo de los derechos que ampara. Concebimos a este mecanismo como uno que posibilita el acceso de los justiciables al sistema judicial, es decir, al tiempo que se otorga tutela cautelar, se configura la tutela judicial efectiva.
6. En cuanto al examen del Recurso de Protección, utilizando los estándares de la tutela cautelar referidos a la idoneidad, eficacia y urgencia, convenimos en que este

proceso constitucional autónomo no es satisfactorio ya que, originalmente, ésta vía tenía por finalidad el resguardo del derecho de propiedad ante el posible abuso del poder estatal administrativo, por lo que no podemos señalar que sea el medio más idóneo, ya que más allá de ser una vía orientada a garantizar la satisfacción de los derechos, terminó desvirtuándose y actuando como vía de escape ante la escasez de medios que garanticen eficazmente la protección de los derechos fundamentales.

7. En cuanto a la eficacia y urgencia, aún cuando el AA sobre tramitación del recurso de protección permita conocer y resolver dentro de breve plazo; éste no es suficiente y eficaz, dado que esta vía constitucional no es accesible, ya que no se encuentra al alcance de los justiciables por encontrarse con variadas complejidades que han hecho difícil su utilización como, por ejemplo, la distancia física existente entre el tribunal competente y las comunas periféricas. Otra complejidad viene dada por la existencia de medios de impugnación que impiden ejecutar provisoriamente la sentencia, herramienta muchas veces utilizada como forma de dilatar sus efectos.

8. Si asimilamos al Recurso de Protección a un *effective remedy*, es necesario que éste cumpla con los estándares que se han fijado para ello: eficacia, idoneidad y rapidez. Sin embargo, debido al excesivo uso y el aumento del ámbito de aplicación de la acción de protección, no siempre se cumple con dichos parámetros, por lo que debiera fortalecerse la cualidad de remedio efectivo en tanto resguarde y tutele derechos fundamentales en situaciones de gravedad y urgencia, sustrayendo de la esfera de aplicación del recurso de protección aquellas situaciones que podrían perfectamente tutelarse a través de una vía civil.

9. La utilización del recurso de protección ha sido desvirtuada, lo que ha provocado que gran parte de la carga de los tribunales sea el conocimiento de recursos de protección (los cuáles prevalecen en su conocimiento al resto de las causas, en virtud de su urgencia), en perjuicio del resto de las causas sometidas a su decisión de acuerdo a su competencia natural. Por lo anterior, creemos necesario que una medida de naturaleza cautelar similar al recurso de protección se radique en tribunales de primera instancia y con presencia en todas las comunas y territorios del país, acercando el acceso a la tutela de los derechos fundamentales a los justiciables, más allá de su ubicación geográfica y situación socioeconómica.

10. Finalmente y sin perjuicio de la reforma que se está llevando a cabo en el congreso nacional chileno que, entre otras materias, establece expresamente las medidas cautelares innominadas y anticipatorias, creemos que no se tiende a erradicar la desconfianza al momento de solicitar y otorgar este tipo de medidas cautelares, porque no se establece un sistema de valoración de los presupuestos y elementos que componen estas medidas como una herramienta necesaria que le permita al juez fijar criterios de aplicación al momento de pronunciarse sobre ésta.

BIBLIOGRAFÍA:

Alvarado Velloso, Adolfo (2013). “El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión”. En *actas XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Libre.

Berizonce, Roberto (2009). *Tutela Procesales Diferenciadas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni

Bordalí Salamanca, Andrés. “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. En *Revista de Derecho*. Vol. 19, N° 2. Valdivia, diciembre, 2006. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art10.pdf>

-----“Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 38, N° 2, 2011, p. 335, disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v38n2/art06.pdf>

Calamandrei, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las providencias cautelares*. Editorial “El Foro”, Buenos Aires, 1996.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958.

-----*Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I, 4ª ed., Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2003.

Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II. 3ª. Edit. Jurídica, Santiago de Chile, 2004.

Fernández, Miguel Ángel. *Derecho procesal civil*. Tomo III, 4ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.

Klett Fernández, Selva, “Las medidas cautelares innominadas en el código general del proceso de la república oriental del Uruguay”. En *actas XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, Septiembre, 2013.

Marín, Juan Carlos. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

“Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: Su tratamiento en algunas leyes especiales”. En *Revista de estudios de la justicia*, N° 8, 2006, p. 13, disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15100/15513>



Marinoni, Luiz Guilherme. “La Evolución de la Técnica Anticipatoria y de la Tutela Preventiva en Brasil”. En actas *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, Septiembre, 2013.

Morello, Mario. *Anticipación de la Tutela*. Edit. Platense, La Plata, 1996.

Podetti, Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. 2ª ed., Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1969.

Satta, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1971.

Tavolari Oliveros, Raúl. *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*. Edit. Jurídica, Santiago de Chile, 1994.

El Proceso en Acción. Editorial Libromar, Santiago, 2000.

Vargas Miranda, Rafael. *Instituciones de Derecho Ambiental. El Recurso de Protección Ambiental*. Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2007.

**DE LA INTERPRETACIÓN A LA TRANSFORMACIÓN: MEDIDAS
CAUTELARES INNOMINADAS EN FUNCIÓN DEL INTERES GENERAL
EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS
DEFECTUOSOS***

*Michelle Jhoann Stephan Jiménez Rocha***
Universidad Libre, Bogotá D.C.

RESUMEN

Este artículo de investigación a través de la aplicación del método sintético pretende analizar la posibilidad que tiene el demandante de solicitar medidas cautelares innominadas y anticipatorias en los procesos de responsabilidad civil por productos defectuosos para la protección de intereses colectivos tales como el derecho a la salud y a la seguridad; en efecto resulta necesario establecer primero un aspecto teórico en donde se puedan aislar los elementos de las medidas cautelares innominadas y de los productos defectuosos, para así concluir en una fase procesal, la cual contendrá distintas disposiciones que demostrarán la necesidad de la práctica de una prueba científica no concluyente ya sea de oficio o allegada por las partes, para poder ofrecerle al juez una certeza suficiente sobre el riesgo latente en el colectivo de los consumidores y este proceda a decretar las medidas que vea proporcionales y necesarias al caso en concreto, por último se plantea la realización de una audiencia la cual el juez la podrá decretar de manera discrecional cuando el acervo probatorio no sea suficiente para el estudio de las pretensiones cautelares, en aras de la protección al principio de precaución.

Palabras claves: intereses colectivos, medidas cautelares innominadas y anticipatorias, prueba científica, principio de precaución.

ABSTRACT

This article from research through the application of the synthetic method analyzes the possibility that the plaintiff has requested measures precautionary innominadas and anticipatory processes of civil liability for defective products for the protection of

* Artículo presentado para el Concurso Internacional para estudiantes de Derecho, Cartagena - 2014.

** Estudiante de derecho de la Universidad Libre sede Bogotá, en proceso de grado. Auxiliar de investigación del semillero “*Texto y Discursos de Resistencia al Modelo Neoliberal y Su Influencia en América Latina 1990-2000*”. Ponente invitada al Seminario Adolfo Mina Balanta.

collective interests such as the right to health and safety; in effect it is necessary to first establish an aspect theorist where you can isolate elements of the measures precautionary innominate and defective products, thus concluding in a procedural phase, which will contain various provisions that demonstrate the need for the practice of not conclusive scientific proof either ex officio or Larraín by parties, to give the judge one certainty sufficient latent in the collective consumer and this risk proceed to enact measures to see necessary and proportionate to the specific case, finally arises the realization of a hearing which the judge may impose it in a discretionary manner when the probative acquis is not sufficient for the study of the claims injunctive relief, for the sake of the protection of the precautionary principle.

Keywords: interest groups, innominate precautionary measures and anticipatory, scientific proof, precautionary principle.

INTRODUCCIÓN

La medidas cautelares innominadas tuvieron su auge en el año de 1940, en el artículo 700 del código de procedimiento civil de Italia, con el fin “de obtener providencias de carácter preventivo-cautelar, dejando en cada caso al juez, no solo el valorar las razones de su oportunidad y urgencia, sino también, el reformar su contenido, como anticipo de lo que podrá después ser el posible o probable contenido de una providencia de fondo.”¹

La incorporación de las medidas cautelares innominadas en Colombia surgieron a través de la ley 1564 de 2012 (Código General de Proceso), en su artículo 590, numeral C, implementando los principios del periculum in mora, fumus boni iuris y periculum in damni, como requisitos para que el juez atendiendo a su razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, pueda decretar la medida solicitada.

Ante las dinámicas sociales de este siglo se vio pertinente abarcar el estudio de los productos defectuosos en razón de la afectación al colectivo de los consumidores; considerando como primer objetivo de este artículo el demostrar la necesidad de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en los procesos de responsabilidad civil por productos defectuosos.

Basándose en la anterior propuesta se puede considerar el replanteamiento de algunas actuaciones judiciales y la aplicación de principios que sustenten la legalidad y constitucionalidad del decreto de este tipo de pretensiones cautelares. El Código General del Proceso pone a disposición del juez un principio que va a ser vital en el desarrollo de esta propuesta y es la tutela judicial efectiva, la cual de manera imperativa obliga al juez a fallar siempre en razón de los derechos e intereses que le corresponden a cada individuo.

¹ REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*, Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1957. p. 284, Numero 201. El origen del artículo 700 constituye una innovación entre las más importantes del CPC DE 1942

De acuerdo con lo anterior, ha de considerarse, que la responsabilidad civil por productos defectuosos tiene como fin el perseguir una indemnización para la víctima tanto por daños patrimoniales como por daños morales, sin embargo como vamos a ver en varios ejemplos, muchas veces el daño al afectar a una persona en particular, con el paso del tiempo puede afectar a una universalidad indeterminada, por ende, nos preguntamos, ¿Cabría la posibilidad, de que el demandante en un proceso de responsabilidad civil por productos defectuosos solicite una medida cautelar innominada en razón del interés colectivo de esa universalidad indeterminada con fundamento en que si el producto sigue en circulación podría lacerar sus derechos fundamentales?

Para darle respuesta a lo anterior es necesario definir el principio de precaución, “en pocas palabras, es un concepto que respalda la adopción de medidas protectoras antes de contar con una prueba científica completa de un riesgo; es decir, no se debe posponer una medida por el simple hecho de que no se disponga de una información científica completa.”²

Para poner en práctica el principio de precaución dentro del proceso de responsabilidad civil por producto defectuoso, el juez “se puede encontrar en una situación en la que debe tomar una decisión acerca de determinado producto del que se sospecha, con cierto fundamento que involucra un riesgo para la comunidad”³ el cual lo deberá sustentar el demandante con las pruebas que allegue al presentar la demanda, “aunque no exista una prueba definitiva y contundente de tal riesgo, y en estos casos, la autoridad debe hacer un esfuerzo de prudencia, es decir, una adecuada apreciación de las circunstancias para lograr un equilibrio entre el temor irracional por productos que pueden resultar gravemente nocivos para la salud pública”⁴; bajo estas aclaraciones se puede concluir que si el juez aplica este principio a las medidas cautelares innominadas de interés general, estaría actuando en derecho al tener fundamento constitucional y como consecuencia la respuesta al planteamiento anterior sería que el demandante está en la libertad de poder formular este tipo de pretensiones cautelares.

El último planteamiento que va a tratar en este artículo se refiere a la posibilidad de la prueba científica concluyente de oficio, sustentado de forma jurisprudencial y legal a través de los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, los cuales reflejan el importante cambio legislativo que surgió en razón del sistema facultativo en donde se decía que el juez podía decretar prueba de oficio, al sistema imperativo en donde se dice que el juez deberá decretar pruebas de oficio, rompiendo el paradigma de que el

2 Organización Mundial del Comercio, Modulo de Capacitacion sobre el acuerdo MSF, Capitulo 8, revisado el 30 de mayo de 2014, en la siguiente dirección “http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_agreement_cbt_s/c8s2p1_s.htm”

³ ARCILA SALAZAR, Op. Cit., p. 38

⁴ Ibid., p. 38

juez no puede intervenir directamente en el proceso y que este instrumento solo conlleva a una parcialidad la cual evidencia una grave violación al debido proceso.

En este mismo sentido a manera de conclusión nos permitimos afirmar que las características de las actuaciones del juez civil en el estudio probatorio para el decreto de las medidas cautelares innominadas deben basarse en el activismo jurídico, el principio de inmediación y la discrecionalidad jurídica, para poder encontrar la materialización de la verdad y la justicia, sin sustituir el papel probatorio principal que le incurren a las partes.

Uno de los principales intereses en realizar esta investigación es el de poder realizar un aporte al derecho procesal sobre responsabilidad civil por producto defectuoso, ya que en la teoría y en la práctica esta situación debería tener características especiales, como sucede en la responsabilidad médica, y aunque el estatuto del consumidor, pretende garantizar los derechos del consumidor, mediante varios mecanismos judiciales, este artículo concluye que al existir más de uno con finalidades distintas se está desconociendo el principio de eficiencia procesal y el de acceso de las personas al ejercicio de la justicia.

1. PROBLEMAS JURIDICOS

¿Las medidas cautelares innominadas del artículo 590 numeral C, del Código General del Proceso pueden llegar a ser de interés general en el proceso de responsabilidad civil por productos defectuosos?

2. LA ESTRATEGIA METODOLÓGICA

La estrategia metodológica se delimitará de la siguiente forma:

2.1 El enfoque

Se aplica un enfoque jurídico.

2.2 Los métodos

El desarrollo de los distintos problemas jurídicos se analizarán desde el método sintético.

3. ASPECTOS TEÓRICOS

Es oportuno empezar con un análisis conceptual de cada valor contenido en los distintos problemas jurídicos planteados, para así llegar a la formación del esquema procedimental de las medidas cautelares innominadas de interés general, concluyendo con el desarrollo de casos hipotéticos.

3.1 LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE A LA ESENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La corte constitucional en varios fallos, ha establecido que las medidas cautelares innominadas si atienden a los principios de la carta política, bajo la configuración que el legislador ha adoptado para la formación de esta institución procesal, el presente análisis tiene por objeto, establecer la posición y los presupuestos constitucionales de las medidas cautelares innominadas.

La corte constitucional ha señalado la finalidad de las medidas cautelares como “aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”⁵.

El sustento constitucional que le ha dado la corte en la sentencia C-379-2004 a las medidas cautelares, es “el principio de eficacia de la administración de justicia”⁶, ya que “son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que”⁷ “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, ... los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.”⁸

Es así que mediante la teoría de la argumentación jurídica la corte considera que las medidas cautelares proporcionan una tensión entre, el efectivo acceso a la administración de justicia mediante mecanismos cautelares, y la posible violación al debido proceso, sin embargo aquí se pondere el efectivo acceso a la administración de justicia a través de exigencias que se le hacen al juez al momento de decretarse la medida cautelar, tales como que este actué bajo el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad, C-379, del año 2004, Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, expediente D-497.

⁶ Ibid, p.1.

⁷ Ibid.,p.1

⁸ Ibid.,p 1

Ahora bien, la corte ha definido las exigencias que se le deben dar al juez en su sentencia C-145 de 2009, sustentando que “La medida de la proporcionalidad está dada por la mínima repercusión negativa que las medidas adoptadas para alcanzar el fin o los fines propuestos, tengan sobre otros principios igualmente fundamentales; y también por la conducencia e idoneidad de los medios para la consecución de los objetivos definidos por el legislador de excepción”⁹.

La tutela jurisdiccional efectiva de las medidas cautelares como se ha dicho antes se basa en el artículo 229 de la Constitución política el cual dice “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La Ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin representación de abogado”¹⁰, además la carta política en su artículo 228 establece que “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”¹¹

En razón de lo anterior la corte también ha establecido los límites que tiene el legislador a la hora de determinar este tipo de mecanismos cautelares, como se afirmó en la sentencia C- 835/2013 estableciendo que “la actividad del legislador se ajusta a la carta política si atiende: (i) principios y fines del Estado como la justicia y la igualdad; (ii) la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos el debido proceso; (iii) los principios de razonabilidad y proporcionalidad al establecer las normas respectivas y (iv) la realización material de los derechos y del principio de supremacía del derecho sustancial sobre las formas”, sirviendo resultado un modelo de prevención a decisiones autoritaria que puede llegar a tener el legislador.¹²

Se puede concluir, entonces que el derecho al acceso a la administración de justicia y la igualdad de partes, son el fundamento constitucional que tienen los mecanismo cautelares, dándole al ente legislador unos límites para que este no desborde su función pública, y al juez unos principios y parámetros de los cuales se debe aferrar al momento de decretar la medida cautelar, conviene entonces advertir que lo anterior, servirá para como referente, para poder darle el sustento constitucional al periculum in mora, al fumus boni iuris, y al periculum in damni, en las medidas cautelares innominadas para los procesos de responsabilidad civil contractual y extracontractual por productos defectuosos.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia de Constitucionalidad, C-145, del año 2009, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, expediente RE-137.

¹⁰ Colombia (1997), Constitución Política, Bogotá. Legis

¹¹ Ibidem.

¹² Colombia, Corte Constitucional, sala plena constitucional, Sentencia de constitucionalidad, C 835-2013, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, expediente D-9626

3.2 DEFINICIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS¹³

La promulgación de los derechos fundamentales en la Constitución Política tiene carácter abstracto, por ende no asumen como referente a ninguna persona determinada, con el fin de que su aplicación sirva en cualquier caso concreto. En el siglo XX se habló por primera vez sobre los derechos de masas, los cuales tienen como característica principal un daño colectivo a una universalidad indeterminada.

En el derecho de consumo las necesidades e intereses tienen carácter colectivo, sin importar si el perjuicio recae sobre solo un afectado, ya que como consecuencia inmediata se le está causando el mismo perjuicio a cualquier persona que adquiera el mismo producto o servicio; En efecto si el individuo determinado acude ante cualquier mecanismo para la protección de sus derechos, tal decisión es aplicable para cualquier otro afectado que tenga las mismas condiciones fácticas y jurídicas.

Cuando aparece un nuevo interés colectivo o difuso y dentro del ordenamiento jurídico no está previsto, el Estado está en la obligación de crear mecanismos y vías procesales partiendo de las exigencias que predica cada caso en concreto con base en los fines estatales, para poder garantizarle al afectado la materialización de sus derechos.

3.2.1 PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y DE LA SEGURIDAD

3.2.1.1 Deber general de seguridad¹⁴

En la realización de los productos el fabricante debe prever que no basta con una protección ordinaria de la salud y la seguridad del consumidor, sino que este debe procurar siempre usar los procedimientos en donde el nivel de protección sea el más elevado.

Los bienes que circulan en el mercado se diseñan con fin de uso o de servicio, por lo tanto no se podrá entender que el bien causa un perjuicio si el consumidor le da un uso anormal.

3.2.1.2 Derecho a la salud

El derecho a la salud es inalienable, y el Estado tiene la obligación de crear mecanismos, para permitirle a la persona su libre desarrollo, sin embargo en muchas

¹³ ALFREDO, Osvaldo, *protección procesal del usuario y consumidor*, Edición primera, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni editores, 2005, pp. 34, 35, 36

¹⁴ Larrosa Miguel, *derecho de consumo*, Edición primera, Tomo I, Madrid, Editorial El derecho y Quantor, S.L. 2011, p.67

ocasiones la consistencia entre el texto legal y la realidad presenta dificultades en su configuración.¹⁵

En la Constitución Política de Colombia el derecho a la salud y a la seguridad están inmersos en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, obtenidos la calidad de principios generales, los cuales suponen que si el juez los inaplica o les da una mala aplicación, podrán ser tutelables; La salud es un principio fundamental que constituye una obligación por parte del Estado de proteger al ser humano y su integridad psicológica y física; de acuerdo con la Constitución Política el estado no debe solo proteger y asistir al enfermo que padece la afección, sino también el crear mecanismos que protejan al individuo cuando terceros le causen daño en su salud o integridad.

El daño, es un elemento de carácter universal que se puede presentar en múltiples situaciones, menoscabando intereses y derechos en donde el Estado se obliga a repararlos de la siguiente manera, restableciendo las cosas a su estado anterior y previniendo que no vuelvan a suceder, o indemnizando patrimonialmente a la víctima. Sobre este elemento trascendental de la responsabilidad civil por productos defectuosos, Para MANUEL SARMIENTO el daño es “el presupuesto de existencia de la responsabilidad, el objeto de la indemnización no puede definirse como todo hecho modificador de una realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho en su persona, su patrimonio o sus sentimientos, definición ésta que nos lleva a clasificar el daño en dos grandes categorías: daño material y daño moral, la primera de éstas contempla a su vez el daño material de carácter extrapatrimonial, o daño a la persona y el daño material de tipo patrimonial, o daño al patrimonio.”¹⁶

Conforme a lo anterior, la consecuencia del daño a la salud es la de reparar o indemnizar siempre y cuando se compruebe de manera científica que se ha lesionado la integridad del individuo a causa de un tercero; conforme a lo anterior frente a la responsabilidad por productos defectuosos, el productor o vendedor tendrán esa obligación de indemnizar cuando sus productos afecten los derechos fundamentales del consumidor, en ese sentido la Corte Constitucional afirmó que “*los defectos de los productos y servicios, no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro.*”¹⁷

¹⁵ ABELLAN Luis, CLEMENTE Mario, FERNANDEZ Jose, et al, *derecho de consumo*, segunda edición, Tomo I, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, pp. 87, 88, 89

¹⁶ Sarmiento Garcial, Manuel, estudios de la responsabilidad civil editorial universidad externado de Colombia, Bogotá, p. 86.

¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, N° 1140, 2000, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-2830

Cabe concluir que la responsabilidad civil por productos defectuosos es de carácter objetiva por ende si el demandante prueba que el producto causa perjuicios en su salud el productor o vendedor incurren en la obligación de reparar sin necesidad de determinar si fue a causa del diseño del producto, sin embargo existen situaciones en donde necesariamente se debe probar que tipo de sustancia es la que está causando el daño en la salud mediante una prueba científica, no cabe duda entonces que bajo este supuesto es donde se pueden solicitar las medidas cautelares innominadas de interés general.

3.3 CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRODUCTO DEFECTUOSO

El concepto de producto defectuoso a efectos de la ley significa:

Art. 5, Inciso 17 “Producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho.”¹⁸ Respecto al precepto anterior se deben distinguir “producto peligroso y producto inseguro. Mientras el primero lo es en razón al fin al que está destinado o por su composición que puede generar daños para la salud o seguridad de las personas, no por ellos tienen que ser tildado de inseguro siempre que se adecue a las normas previstas para su puesta en circulación en el mercado.”, entonces es apropiado afirmar que el sujeto responsable por los defectos de fabricación y de diseño de los productos defectuosos será el fabricante.

4. ASPECTOS PROCESALES

4.1 FORMA DE SOLUCITUD

En el artículo 590 numeral C no se dice nada respecto a la forma en que se ha de solicitar la medida cautelar, aunque en principio se sabe que estas se solicitarán de manera escrita junto con la demanda.

Es importante resaltar que la responsabilidad por productos defectuosos no se enmarca solo de manera contractual, sino también extracontractual, como lo afirma la corte constitucional “La responsabilidad del productor y del distribuidor surge ex constitutione y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atingentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquiriente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios” C 1141 /2000; en la presentación de la demanda, el demandante deberá demostrar de manera probatoria el *fumus bonis*, el *periculum in mora* y sobre todo el *periculum in damni* de la siguiente forma:

¹⁸ Colombia, Congreso de la república, ley estatutaria, numero

“incumbe a la víctima probar el perjuicio que padeció, el carácter defectuoso del producto y la relación de causalidad entre éste y aquél (...) Para comprobar el defecto de seguridad que afecta al producto, no debe la víctima incursionar en el examen del proceso de fabricación para demostrar que el defecto se debe a un diseño desacertado o a una indebida fabricación, sino que se debe limitar a probar que este no ofrecía la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho. (...) corresponde a la víctima, así mismo probar que el daño le fue causado precisamente por el carácter defectuoso. (...) la carga que le incumbe –a la víctima- se atenúa en cuanto le es dado al juzgador presumir, Que el producto ha sido puesto en circulación por el fabricante o productor,

- b) Que el defecto existía en el momento en que se introdujo al mercado, y
- c) Que fue el fabricante quien lo elaboró para venderlo.”

El principio de precaución, se dará si cumple los siguientes requisitos

Que el producto contenga alguna sustancia o componente que afecte la salud o salubridad de la universalidad indeterminada de consumidores a la que se es dirigido.

Que habiendo más casos de índole internacional o nacional en donde se haya probado el daño a algún consumidor por el mismo producto o sustancia, este siga en circulación.

4.1.1 Legitimación por activa

El Estatuto del Consumidor, expresa que la legitimación por activa individual esta en cabeza de los consumidores, según el artículo 3, Inciso 1.5 “**Artículo 3º. Derechos y deberes de los consumidores y usuarios.** Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:

1. Derechos:

1.5. Derecho a la reclamación: Reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito, en los términos de la presente ley. Las reclamaciones podrán efectuarse personalmente o mediante representante o apoderado.”¹⁹

Aunque esta enunciación puede resultar obvia, el aforismo de esta ley responde a los principios constitucionales emanados por la carta política para la protección de los derechos del consumidor, “salvaguardando de forma expresa la acción individual y eliminando cualquier tipo de discusión sobre la ausencia de legitimación de los consumidores individuales”²⁰ en los distintos mecanismos propuesto por el estatuto.

4.1.2 Legitimación por pasiva

¹⁹ Colombia, Congreso de la república, ley estatutaria, numero 1480 DE 2011

²⁰ Ibidem

Es preciso advertir que la ley designa en posición de demandado más de un sujeto, según el “**Artículo 2º**. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.”²¹

Basándose en el anterior precepto podemos determinar que tanto productor como proveedor podrán responder de manera individual o solidariamente, sin embargo es preciso definir cada uno de los sujetos:

4.1.6. Contenido de la medida cautelar innominada y anticipatoria para la protección de los intereses colectivos en los procesos de responsabilidad por productos defectuosos²²:

Este tipo de mecanismo se iniciara por parte del demandante como en cualquier otro tipo de proceso civil, en concordancia con el principio dispositivo procesal en donde las partes se apropian de las acciones y de sus pretensiones.

Respecto al contenido es claro que el artículo no dice nada, sin embargo acogiéndonos al contenido de las medidas cautelares de los procesos ejecutivos, se deberá presentar de la siguiente forma:

Dirigirla ante el juez competente

Fijar quienes son las partes en el mecanismo cautelar (con exactitud quien la solicita y frente a quien se dirige esta), Es importante que exista identidad de partes entre el proceso y la solicitud cautelar, ya que de no ser así el juez la denegará.

Según lo anterior es evidente que el productor será la parte pasiva en la solicitud de estas medidas cautelares, tiendo este “la obligación (...) cuando en desarrollo de tal actividad atentan contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios” ²³c-973/02.

Dentro del escrito se deberán motivar los hechos que surgieron para la solicitud cautelar, probando el *fumus boni iuris* el *periculum in mora* y *periculum in damni* y contemplando de alguna forma la caución.

²¹ Ibidem

²² Jové, Maria Angeles, Medidas Cautelares Innominadas en el proceso civil, Edición Primer, Tomo I, Barcelona, José María Bosch Editores, S.A. 1995, pp. 244-245.

²³ Colombia, Corte Constitucional, Sala , sentencia de constitucionalidad, c-973/02, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis

El paso siguiente será manifestar de forma clara si la pretensión es de obligaciones hacer o no hacer, o de entregar cosas, es pertinente aclarar, que en el proceso de responsabilidad por productos defectuosos el demandante también podrá solicitar medidas cautelares innominadas y anticipadas frente a la indemnización de perjuicios patrimoniales y morales, sin embargo esto no afectara que pueda también solicitar este tipo de medidas cautelares innominadas de interés general.

La identidad procesal de las medidas cautelares innominadas propuestas en este artículo se basarán en la adecuación del principio constitucional de precaución del derecho ambiental, según la corte este principio se basa en cuatro elementos “ (i) que exista peligro de daño, (ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta, (iv) que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.”²⁴ Como advertimos anteriormente, la adaptación se realizaría en el tercer elemento sustituyendo la degradación del medio ambiente por la afectación del derecho fundamental a la salud o salubridad pública.

El sustento constitucional del principio de precaución se basa en que “a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993, la Corte ha considerado que se encuentra constitucionalizado, pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas y de los deberes de protección y prevención contenidos en la Carta, constitucionalización que deriva del deber impuesto a las autoridades de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente.”

Las medidas cautelares innominadas y anticipatorias propenden a tener la misma estructura procesal que la demanda civil, toda vez que las dos mediante el derecho dispositivo determinan las partes procesales, y las pretensiones sobre lo que se versará en la instancia procesal.

El demandante en el escrito presentado deberá explicar de manera detallada los distintos motivos, por los cuales consideran que “(i) haya la apariencia de un buen derecho (“fumus boni iuris”), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia; (ii) que haya un peligro en la demora (“periculum in mora”), esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso”²⁵, apoyándose en las distintas pruebas que pueda presentar.

Las consideraciones anteriores fundamentan que para los procesos de responsabilidad civil en donde se impliquen productos defectuosos por defectos de fabricación o diseño, que sean nocivos para la salud y la seguridad, se podrá presentar alguna prueba

²⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, n, C-703/2010, Magistrado Ponente, Gabriel, Eduardo Mendoza Martelo, Expediente D- 8019

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, N° 379/ 2004, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Cierra, expediente D-4974

que determine que de no decretarse la medida cautelar innominada y anticipatoria se causara un daño inminente en los intereses y derechos colectivos de los demás consumidores.

Seguidamente el demandante podrá solicitar obligaciones de hacer o no hacer conforme al derecho versado en el proceso principal, para que exista identidad objetiva, verbi gratia en un proceso de responsabilidad civil por defecto de fabricación de un juguete que tenga pintura con plomo, se podrá solicitar que se retire del mercado el juguete.

Causales de exclusión que interrumpirían la medida cautelar innominada de interés colectivo

Causales de exoneración. Al tenor del artículo séptimo de la directiva, el productor o quien haya puesto el bien en circulación, podrá interrumpir la cadena causal demostrando: “a) que no puso el producto en circulación; b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto; f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto”.

4.2. POSIBILIDAD DE AUDIENCIA A POTESTAD DEL JUEZ

Sumariedad

El proceso cautelar tiene como característica la sumariedad, ya que se necesita mediante actos rápidos una resolución judicial, sin embargo como señala “SIERRA DOMINGUEZ, esta sumariedad no debe convertirse en superficialidad, por no afectar tanto a la profundidad del conocimiento cuanto a los límites y ámbito del objeto conocido.”²⁶

Así las cosas podemos asegurar que en Colombia por regla general el procedimiento para decretar las medidas cautelares innominadas y anticipatorias es de carácter precautorio significando el desconocimiento por parte del demandado sobre el decreto de las pretensiones cautelares, sin embargo existen diversas situaciones donde

²⁶ Jové, Maria Angeles, Medidas Cautelares Innominadas en el proceso civil, Edición Primer, Tomo I, Barcelona, José María Bosch Editores, S.A. 1995, pp. 244-245.

el juez debe hacer un profundo estudio probatorio para actuar en concordancia con las premisas constitucionales y no vulnerar el debido proceso de ninguna de las partes.

El supuesto planteado en este artículo implica por parte del juez un estudio minucioso frente a las pretensiones cautelares solicitadas por parte del demandante; el rol de la prueba científica no concluyente toma gran relevancia en el sentido que está nos va a demostrar el latente riesgo al colectivo de consumidores, sin embargo en ocasiones al demandante se le dificultará poder allegar el acervo probatorio suficiente para darle la certeza al juez, y es aquí donde planteamos la posibilidad de realizar una audiencia en aras de no llegar a incurrir una violación de los intereses colectivos como lo ordena el Código General del Proceso en su artículo 2 “Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.”²⁷

5. ASPECTO PROBATORIO

5.1 PRUEBA DE OFICIO EN LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA

De antaño la prueba de oficio ha generado una creciente polémica en el ordenamiento jurídico frente a los límites que debe tener el juez; La interpretación jurídica en el sistema inquisitivo se ha encaminado en la teoría de que el juez debe ser un simple emisor de la ley el cual no puede tener ningún tipo de discrecionalidad judicial frente al decreto de las pruebas ya que esto podría generar una parcialidad por alguna de las partes en el litigio lo conllevaría a la violación del debido proceso, sin embargo la dinámica jurídica ha demostrado que la prueba de oficio es un instrumento necesario para que el juez propende su fallo en razón de la justicia material evitando decisiones inhibitorias.

En este sentido Jairo Parra Quijano afirma que “el juez debe ser parcial en las búsqueda de la verdad y, con este proceder se hace imparcial con las partes. El sofisma de distracción esgrimido por muchos autores de que con facultades oficiosas del juez se rompe el principio de imparcialidad, es fácilmente refutable, ya que si el juez busca la verdad, obtiene la imparcialidad frente a las partes, cosa que no logra cuando, como una especie de títere, se mueve de acuerdo con la conveniencia o intereses de éstas”²⁸.

Para la legislación Colombiana con el nuevo Código General del Proceso la prueba de oficio pasó de tener un carácter facultativo a un carácter impositivo, en el sentido que ahora “El juez deberá decretar pruebas de oficio”²⁹, advirtiendo entonces que el nuevo rol del juez no será otro que ser el director del proceso y a través de su investigación

²⁷ Colombia, Congreso de la república, número 1564/2012

²⁸ Parra Quijano, Jairo, Manual de derecho probatorio, librería Ediciones del profesional, Ltda, Decima Quinta edición, 2006.

²⁹ Colombia, Congreso de la república, número

minuciosa la cual no puede sustituir el deber probatorio de las partes, obtener la verdad y la justicia material; De la tendencia probatoria anterior podremos concluir que su sustento constitucional se encuentra en el principio del acceso a la justicia en razón de que “toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.”³⁰

Se hace necesario entonces definir la aplicación de la prueba de oficio en este tipo de medidas cautelares innominadas de interés colectivo; se entiende necesario la utilización de este instrumento por parte del juez cuando en el proceso el demandante en la solicitud de las medidas cautelares allega un acervo probatorio insuficiente para demostrar el peligro en la demora, la apariencia del buen derecho y el peligro en el daño. Cabe advertir que para el tema de este artículo *el peligro en el daño* cobra gran importancia cuando estamos hablando de productos defectuosos en el entendido que para el demandante puede ser difícil probar el defecto del diseño o el defecto de fabricación, y por ende será tarea del juez, el poder decretar la prueba científica que determine si existe o no algún hecho nocivo para la salud y la seguridad del colectivo de consumidores indeterminados.

6. ABSTRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El derecho ambiental se rige bajo el principio de precaución, el cual se caracteriza por proteger los intereses colectivos afectados por los efectos adversos que provoca la contaminación ambiental; en este sentido se pueden afirmar que los daños se pueden materializan en dos momentos el primero es en el futuro por el paso del tiempo y el segundo aunque en el pasado ya se hayan presentado daños aún queda la posibilidad de aplicar medidas para prevenir más daños. Tanto para la comunidad internacional como nacional aún no existe una definición general se podrá decir que este principio es una “estrategia que, con enfoque preventivo, se aplica a la gestión del riesgo en aquellas situaciones donde hay incertidumbre científica sobre los efectos que en la salud o el medio ambiente puede producir una actividad determinada. Su aplicación requiere que, antes de aceptar una actividad o procedimiento nuevo, se disponga de evidencia de que el riesgo que comporta es aceptablemente bajo y no sólo de ausencia de evidencia de que el riesgo es elevado e inaceptable. La implementación, sin embargo, es compleja, porque no se especifica cuantitativamente la precaución que hay que tener o el momento en el que deben aplicarse las medidas precautorias.”³¹

³⁰ *Ibíd*em

³¹ SANCHEZ, Emilia. El principio de precaución: implicaciones para la salud pública. *Gac Sanit* [online]. 2002, vol.16, n.5 [citado 2014-05-30], pp. 371-373 . Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112002000500001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0213-9111.

De lo descrito hasta aquí podemos concluir entonces que este principio es aplicable a las situaciones donde el riesgo generalizado es producido por el defecto contenido en el producto y será obligación por parte del juez el decretar las medidas cautelares innominadas, conforme a los intereses colectivos y la protección a la salud y seguridad. El juez al momento de hacer su juicio de raciocinio podrá “prohibir temporalmente el suministro u oferta de todo producto que pueda ser peligroso durante el periodo necesario para efectuar las diferentes inspecciones, verificaciones o evaluaciones de seguridad que sean precisas, así como prohibir la puesta en el mercado de todo producto peligroso y establecer las medidas complementarias necesarias para garantizar el cumplimiento de dicha prohibición.”³²

BIBLIOGRAFÍA

ABELLAN, Luis, CLEMENTE, Mario, FERNÁNDEZ José, et al. Derecho de consumo, segunda edición, Tomo I, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, pp. 87, 88, 89.

AGUDELO, Luz, HUERTA, Fausto. El principio de precaución medioambiental en el estado colombiano, primera edición, Tomo I, Pereira, Editorial Universidad Libre Seccional Pereira, 2012, P. 73.

ALFREDO, Osvaldo, protección procesal del usuario y consumidor, Edición primera, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni editores, 2005, pp. 34, 35, 36

COLOMBIA (1997), CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Bogotá. Legis.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, número 1564/2012.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, ley estatutaria, numero 1480 DE 2011

----- CORTE CONSTITUCIONAL-SALA. sentencia de constitucionalidad, c-973/02, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis .

----- Sala plena constitucional, C.490/2000 magistrado ponente, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, expediente D-2650

----- SALA PLENA CONSTITUCIONAL. Sentencia de constitucionalidad, C-835- 2013 , Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, expediente D-9626.

³² Agudelo, Luz, Huerta, Fausto, *El principio de precaución medioambiental en el estado colombiano*, primera edición, Tomo I, Pereira, Editorial Universidad Libre Seccional Pereira , 2012, P. 73

----- Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, N° 1140, 2000, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-2830.

----- Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, N° 1140, 2000, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-2830.

----- Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, N° 379/ 2004, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Cierra, expediente D-4974.

----- Sala séptima de revisión de tutelas, Sentencia de tutela, N° T-288/11, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chalhub, expediente T- 2.741.623.

----- Sentencia de constitucionalidad, C-379, del año 2004, Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, expediente D-497.

----- Sentencia de Constitucionalidad, C-145, del año 2009, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, expediente RE-137.

----- Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, n, C-703/2010, Magistrado Ponente, Gabriel, Eduardo Mendoza Martelo, Expediente D- 8019.

JOVÉ, María Ángeles. Medidas Cautelares Innominadas en el proceso civil, Edición Primer, Tomo I, Barcelona, José María Bosch Editores, S.A. 1995, pp. 244-245.

LARROSA MIGUEL, derecho de consumo, Edición primera, Tomo I, Madrid, Editorial El derecho y Quantor, S.L. 2011, p.67.

Organización Mundial del Comercio, Modulo de Capacitación sobre el acuerdo MSF, Capitulo 8, revisado el 30 de mayo de 2014, en la siguiente dirección "http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_agreement_cbt_s/c8s2p1_s.htm

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio, librería Ediciones del profesional, Ltda, Decima Quinta edición, 2006.

REDENTI, Enrico. Derecho procesal civil, Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1957. p. 284, Numero 201. El origen del artículo 700 constituye una innovación entre las más importantes del CPC DE 1942

SANCHEZ, Emilia. El principio de precaución: implicaciones para la salud pública. Gac Sanit [online]. 2002, vol.16, n.5 [citado 2014-05-30], pp. 371-373 . Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112002000500001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0213-9111.



SARMIENTO GARCIAL, Manuel, estudios de la responsabilidad civil editorial
universidad externado de Colombia, Bogotá, p. 86.

LAS CADENAS ROTAS DE PROMETEO: UNA ALTERNATIVA A LA PRISIÓN PROVISIONAL*

Semillero de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca (España)

*Laura Peláez García, Elena Sánchez Carrero,
Inmaculada Gallego Sapico, José Román Martín
Igor Quintero Reyes, Pedro Gómez Pedraza
Linda Guerra Henríquez, Walter Reifarth Muñoz*

Director: Lorenzo Mateo Bujosa Vadell¹

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto de estudio el tratamiento de las medidas cautelares dentro del Espacio Judicial Europeo. En concreto, nos aproximamos al régimen jurídico de las medidas innominadas, explicando de forma previa la medida clásica de prisión provisional a través de la Orden europea de detención y entrega, que se configura como antecedente inmediato de todas aquellas medidas utilizadas en el marco de un proceso que buscan asegurar la eficacia del mismo.

Las dos ideas fundamentales que nos han llevado a orientar el trabajo de la manera que se acaba de apuntar son las siguientes: En primer lugar la construcción paulatina un Espacio Judicial Europeo desde la perspectiva de la tutela cautelar, con sus dificultades, pero también con sus sucesivos avances. En segundo lugar, trataremos de explorar en este contexto la aplicación de medidas cautelares penales innominadas como alternativa a otras medidas cautelares más restrictivas como la prisión

* Artículo inédito.

Esta ponencia es la base del trabajo de investigación presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre del 2014, en la ciudad de Cartagena.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor Titular y Catedrático de Derecho Procesal en la misma Universidad. Director del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

provisional, con el fin de obtener el mismo objetivo que con las medidas clásicas a un precio más aceptable en términos de restricción de derechos humanos.

ABSTRACT:

This Paper aims the study of the treatment of pre-trial precautionary criminal measures within the European Area of Justice. In particular, we analyze the legal regulation of the alternative measures in the European Union, but first explaining the implementation of the classic measure of pre-trial detention through the European arrest warrant, which is set up as immediate antecedent of all those measures used in the framework of a criminal process seeking to ensure the effectiveness.

Two fundamental ideas that have led us to guide this study are as follows: First, the gradual construction of a European Area of Justice from the perspective of pre-trial precautionary measures, with their difficulties, but also with their successive advances. Secondly, we will try to explore in this context the use of alternative precautionary measures as a fairer option than the preventive, in order to obtain the same objective as the classic measures but within a more acceptable price in terms of restriction of human rights.

Palabras claves: Prisión provisional, medidas cautelares, reconocimiento mutuo, cooperación procesal, unión europea.

Keywords: Preventive detention, pre-trial precautionary measures, mutual recognition, judicial cooperation, european union.

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto de estudio el tratamiento de las medidas cautelares dentro del Espacio Judicial Europeo. En concreto, nos aproximaremos al régimen jurídico de las medidas innominadas, explicando de forma previa la medida clásica de prisión provisional a través de la Orden europea de detención y entrega, que se configura como antecedente inmediato de todas aquellas medidas utilizadas en el marco de un proceso que buscan asegurar la eficacia del mismo.

Las dos ideas fundamentales que nos han llevado a orientar el trabajo de la manera que se acaba de apuntar son las siguientes: En primer lugar la construcción paulatina un Espacio Judicial Europeo desde la perspectiva de la tutela cautelar, con sus dificultades, pero también con sus sucesivos avances. En segundo lugar, trataremos de explorar en este contexto la aplicación de medidas cautelares penales innominadas

como alternativa a otras medidas cautelares más restrictivas como la prisión provisional, con el fin de obtener el mismo objetivo que con las medidas clásicas a un precio más aceptable en términos de restricción de derechos humanos.

Para conseguir nuestros objetivos comenzaremos analizando en qué consiste lo que conocemos como “Espacio Judicial Europeo” (basado en los principios de reconocimiento mutuo, equivalencia y confianza), determinando el contexto físico y político de actuación. A continuación, tomaremos como referencia la Orden europea de detención y entrega (en adelante “OEDE”), que constituye el punto de partida de la europeización del proceso penal. Cabe adelantar que la OEDE supuso un punto de inflexión a partir del cual pudo desarrollarse la reflexión sobre nuevas medidas, que englobaremos dentro del concepto de innominadas, en el marco de la cooperación procesal penal supranacional, con la implantación de paradigmas distintos basados en un reconocimiento que debería ser puro y automático.

Todo lo expuesto a lo largo del presente estudio nos ayudará a valorar de manera detenida si la tendencia legislativa desarrollada con avances y retrocesos en los últimos lustros en Europa para superar un punto de vista meramente estatal, que seguía las concepciones clásicas de la soberanía, y respeto escrupuloso de su núcleo duro, el proceso penal, supone ventajas o inconvenientes y si puede armonizarse de manera adecuada con las exigibles garantías procesales combinadas con la imprescindible eficacia en la persecución de la criminalidad transfronteriza, cada vez más frecuente en nuestro mundo globalizado.

II.- EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

1. Concepto y características

En las próximas líneas trataremos de aproximarnos al Espacio Judicial Europeo como contexto en el que se enmarca nuestra investigación sobre la comparación entre la aplicación de medidas cautelares personales, tanto privativas de libertad como innominadas, en los procesos penales en los que haya elementos de diversos Estados miembros de la Unión Europea. Para conseguir con éxito este cometido, procederemos en primer lugar a hacer una breve referencia a la gestación de este Espacio de libertad, seguridad y justicia, para posteriormente profundizar en los principios en los que se fundamenta y, finalmente, destacar su relevancia a efectos del presente estudio.

Pues bien, al hablar del Espacio Judicial Europeo, no podemos dejar de lado una premisa básica, esta es, que los objetivos de la integración europea desde sus inicios, han sido primordialmente económicos: eliminar las barreras nacionales mediante la cesión de competencias a una organización de carácter supranacional, con sus propias instituciones, que permita armonizar las legislaciones internas en orden a la consecución de un Mercado Único Europeo, donde circulen libremente los bienes,

servicios, capitales y las personas. Este proceso de integración económica, netamente sectorial, ha sido el motor principal en torno al que se ha construido una progresiva integración política, a la que solamente podremos llegar si también tomamos en cuenta factores sociales y jurídicos, tal y como ha sucedido en los últimos años¹.

Evidentemente, no es nuestro objeto ahondar en el fenómeno de la integración europea, pero su mención es indispensable en tanto que en cierto momento de la historia, las naciones europeas se dieron cuenta que una integración económica fructífera tenía que ir de la mano de una integración política y, sin duda, también del reforzamiento de la cooperación procesal entre los Estados miembros. En efecto, ya en la actualidad contamos con una forma totalmente diferente de entender la cooperación procesal en la Unión Europea², puesto que la profundización en el espacio de integración europeo nos ha llevado a la paulatina consolidación de un espacio político-geográfico sin fronteras. La consolidación de este espacio, pues, ha supuesto la necesidad de luchar eficazmente contra el fenómeno de la criminalidad organizada transnacional, que solo puede lograrse con la complementariedad de los ordenamientos de cada uno de los Estados miembros.

La consolidación de este espacio, podríamos decir que culmina con la aceptación del principio de confianza mutua entre las instituciones de los Estados miembros y el principio de equivalencia de procedimientos. Ahora bien, la aplicación de estos principios, junto con algunos otros, no hubiera sido posible, por una parte sin un acervo jurisprudencial amplio derivado de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sirven como mínimo denominador común, y, por otra parte, sin un desarrollo normativo de base, efectuado en un corto lapso de tiempo y cuyo antecedente inmediato lo encontramos en 1986³, cuando los Estados iniciaron la elaboración de normas comunes en materia de Justicia e Interior, lo que supuso un cambio cualitativo importante⁴. En un principio, en el marco de la Unión Europea, los tratados y convenios internacionales constituían la principal fuente de cooperación

¹ ORTIZ VIDAL, M. D., “Espacio Judicial Europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho Internacional Privado”. En: *Cuadernos de Derechos Transnacional*, Vol. 2, N°1, marzo 2010, p. 378.

² Siguiendo a DELGADO MARTÍN, J., “La orden de detención europea y los procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, n° XIII, 2003, pp. 286 y siguientes.

³ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “El Ministerio Fiscal en Europa, pautas de convergencia”. En: *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n° III, 2002.

⁴ En efecto, antes del año 1986, cuestiones relativas a las materias de Justicia e Interior únicamente habían sido reguladas a través de puntuales reuniones intergubernamentales, es decir, sin ningún instrumento que configurara un compromiso jurídico para los Estados miembros de las por entonces “Comunidades Europeas”. Algunos de dichos acuerdos eran, por ejemplo, el *Grupo Trevi*, creado por el Consejo Europeo de enero de 1975, integrado por los Ministros de Justicia e Interior y dedicado a los temas de terrorismo, radicalismo, extremismo y violencia internacional.

jurídica internacional, manifestada tradicionalmente a través del instituto de la extradición y de las denominadas comisiones rogatorias, aplicándose, en defecto de acuerdos, el principio de reciprocidad; pero a partir de 1986 y, en especial, con el Acuerdo de Schengen⁵ (y su Convenio de Aplicación de 1990) se produce un cambio de paradigma, puesto que el objetivo fundamental de este Acuerdo, en último término, la creación de un Espacio común europeo⁶.

En efecto y, siguiendo un orden cronológico, en el Tratado de Maastricht de 1992⁷ se introdujo, en el ámbito de la Unión Europea, la cooperación en materias de Justicia e Interior como un asunto de interés común, enmarcadas por entonces dentro del Tercer Pilar denominado «JAI»⁸, para resaltar su importancia. La firma de este tratado constituyó un hito en el proceso de creación de la Unión Europea, estableciendo importantes normas para el refuerzo de la cooperación, tanto que dentro de sus objetivos primordiales se encontraba la creación de un Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que iba más allá de la mera integración económica.

En un momento posterior, con la firma del Tratado de Ámsterdam de 1997⁹, se da un paso mucho más consistente, porque se procede a una plena comunitarización de la cooperación judicial, pero solo en materia civil. Es decir, la cooperación judicial civil se somete a las normas comunitarias europeas y, además, a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, desde la perspectiva procesal penal, a efectos de nuestro objeto de estudio, sí que es relevante resaltar que el Tratado de Ámsterdam supuso la imposición a los Estados miembros de la obligación de conseguir un objetivo concreto: mantener y desarrollar la Unión como un Espacio de libertad, seguridad y justicia, mediante una acción común que incluyera, en virtud del antiguo artículo 31 del Tratado de la Unión Europea, la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes que sean competentes en los Estados miembros en relación con las causas y la ejecución de las resoluciones; la facilitación de la extradición entre los Estados miembros; la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros; la

⁵ Firmado en Schengen (Luxemburgo) el 14 de junio de 1985 y en vigor desde 1995. Dicho acuerdo supuso la supresión de los controles en las fronteras interiores entre los países firmantes del mismo y la creación de un espacio (*Schengen*), por el que pudan circular libremente personas que hayan entrado regularmente por una frontera exterior o que residan en uno de los países que aplica el Convenio. Se introdujeron, pues, materias de cooperación judicial, como la entrega vigilada en la lucha contra el tráfico de drogas, la persecución transfronteriza de los delincuentes, y se facilita, por lo demás, la extradición entre Estados.

⁶ *Cfr.* PUERTA LUIS, L. R., “Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional”. *En: Derecho penal supranacional... op. cit.*, p. 34.

⁷ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. *Diario Oficial C 191*, de 29 de julio de 1992.

⁸ El acrónimo «JAI» se refiere a: cooperación judicial y policial en materia penal.

⁹ Publicado en *Diario Oficial C 340*, de 10 de noviembre de 1997.

prevención de los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas.

A pesar de las directrices apuntadas supra, todavía resultaba necesaria una concreción posterior. De hecho, en el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia) de octubre de 1999, se llega a la culminación del planteamiento del pleno desarrollo de la cooperación judicial europea, al imponerse la misma como un objetivo prioritario, hasta conseguir la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros. Algunos compromisos adoptados en ese Consejo Europeo se condensaron en el Tratado de Niza¹⁰, como lo fue la necesidad de desarrollar EUROJUST¹¹, compuesta por fiscales, magistrados y oficiales de policía nacionales, para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, facilitando la coordinación entre las Fiscalías nacionales y las autoridades policiales de los distintos Estados de la Unión y también el establecimiento del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, con un llamamiento expreso para superar las dificultades político-administrativas de los procedimientos de extradición.

2.- El principio de reconocimiento mutuo y sus principios complementarios

A partir de los anteriores hitos históricos, se llega a una potenciación y simplificación de la asistencia judicial en materia penal, con la posibilidad de comunicación directa entre las autoridades judiciales de los distintos Estados, así como la de autorizar la entrega de personas sin necesidad de seguir los trámites del procedimiento formal de la extradición. La potenciación del espacio judicial europeo se ha visto favorecida a través de un peculiar instrumento de aproximación de las legislaciones en materia procesal penal, denominado «Decisión Marco». Esto es así en tanto que los avances en el Espacio judicial europeo en este ámbito no podían partir de una integración normativa, dado que aún hoy los Estados no habían cedido competencias a la Unión Europea en este sentido, pero sí habían propugnado que en el territorio de la Unión la cooperación judicial en materia penal fuera más simple y efectiva.

Uno de los instrumentos, pues, a través de los cuales la Unión se ha dotado de base jurídica en cuanto a la cooperación judicial en materia penal se refiere, es a través de la

¹⁰ Publicado en *Diario Oficial C 080*, de 10 de marzo de 2001.

¹¹ EUROJUST es un órgano de la Unión Europea encargado del refuerzo de la cooperación judicial entre los Estados miembros, mediante la adopción de medidas estructurales que facilitan la mejor coordinación e las investigaciones y las actuaciones judiciales que cubren el territorio de más de un Estado miembro.

técnica de las denominadas Decisiones Marco, que fueron introducidas en la normativa comunitaria en el antiguo artículo 34 del Tratado de la Unión Europea.

A efectos de facilitar al lector la comprensión de este instrumento, es necesario apuntar someramente en qué consisten las Decisiones en el ámbito del Derecho comunitario. Pues bien, se trata de una norma comunitaria que se enmarca dentro del Derecho derivado (actual artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), en tanto acto individual que obliga únicamente a sus destinatarios y es obligatoria en todos sus elementos; dichos destinatarios pueden ser tanto los Estados miembros como los particulares. Las Decisiones Marco, más concretamente, establecen un contexto general dentro de materias en las que la Unión Europea no tiene atribuidas competencias exclusivas, surgiendo la necesidad de trasponer el contenido de la Decisión, emanada de las instituciones comunitarias, para armonizar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Una Decisión Marco importante, a efectos de nuestro estudio, es la de 13 de junio de 2002¹², que estableció la orden de detención europea y procedimiento de entrega entre los Estados miembros, con la finalidad de sustituir los instrumentos anteriores relativos a la extradición, instaurando un procedimiento simplificado para la entrega de personas con vistas a su enjuiciamiento y a la ejecución de sentencias¹³. En España, se ha cumplido con las obligaciones derivadas de la citada Decisión Marco mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo¹⁴, definiendo la orden europea de detención y entrega en su artículo 1 como «una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativa de libertad».

Cabe destacar como aspectos orgánicos dirigidos a fortalecer la cooperación en el Espacio judicial europeo, a la figura de los Magistrados de Enlace, creada por la Acción Común 96/277, de 22 de abril de 1996, y cuya misión fundamental se refiere a canalizar las peticiones de cooperación y la remisión de información a las autoridades competentes del Estado en que dicho magistrado esté destinado, o la Red Judicial Europea, creada por la Acción común de 29 de junio de 1998, para mejorar la cooperación de las autoridades competentes de los distintos Estados miembros en lo referente a la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, y el terrorismo.

¹² Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 Relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, Publicada en el *Diario Oficial L*, de 18 de julio de 2002.

¹³ Cfr. PUERTA LUIS, L. R., “Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional” en *Derecho penal... op. cit.*, p. 35.

¹⁴ Publicada en el *Boletín Oficial de España*, núm. 65, de 17 de marzo de 2003.

El Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, cuyo marco general se ha expuesto está informado o, mejor, fundamentado en varios principios novedosos. Como es fácil de entrever con lo que hemos dicho hasta ahora, la cooperación debe superar los principios y relaciones tradicionales¹⁵, teniendo en cuenta que el incremento de la cooperación redundará en la garantía de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea, por lo que se refiere a la protección de la libertad, la seguridad y la justicia. Y es que, además, al crearse una verdadera Comunidad de Derecho, la posible lesión o menoscabo de los derechos y libertades fundamentales podrá contar con una respuesta conjunta del sistema judicial de la Unión con independencia del Estado concreto en el que se produzca la lesión efectiva.

Para materializar este cometido, se consagra el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en el ámbito de la Unión Europea, lo que desemboca en la potenciación del principio de confianza recíproca y el principio de equivalencia entre los distintos Estados miembros, con el objetivo primordial de proteger la paz social, contribuyendo a la depuración de las posibles responsabilidades penales, con independencia del lugar de comisión de los delitos. Estos principios, además, tratan de conseguir que la cooperación se convierta en una relación directa entre autoridades, judiciales y policiales, consiguiendo la introducción de instrumentos mucho más ágiles.

El principio de reconocimiento mutuo surge, como se ha dicho supra, con la creación paulatina de un espacio único, inicialmente sólo económico, dado que nos encontrábamos en una situación de multiplicidad de legislaciones nacionales sobre la circulación de mercancías, y en vez de afrontar un delicado proceso de armonización, se decidió que cada Estado debía reconocer como equivalentes las normas de los otros Estados miembros¹⁶. No obstante, en el ámbito de la cooperación penal, su aparición fue muy posterior, en concreto, en el Consejo Europeo de Cardiff, de 15 y 16 de junio de 1998; aparece también evocado en el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia.

En todo caso, dicho principio se consolida definitivamente en el ámbito penal en las conclusiones del ya mencionado Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999¹⁷,

¹⁵ GRANDE MARLASKA-GÓMEZ, F. y POZO PÉREZ, M. DEL. “La obtención de fuentes de prueba en la Unión Europea y su validez en el proceso penal español”. *En: Revista General de Derecho Europeo*, 24, 2011, p.1.

¹⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2006, p. 157.

¹⁷ *Vid.* conclusiones 33, 35 y 36 del Consejo Europeo. Fuente: www.europa.eu.int.

que trajo como consecuencia el desarrollo del Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal. Pues bien, a día de hoy, el reconocimiento mutuo se ha convertido en la «piedra angular»¹⁸ de la cooperación judicial europea, dado que constituye un factor en el seno de la Unión al conllevar una confianza recíproca de los Estados miembros en sus respectivos sistema de justicia penal, al tiempo que resalta que dicha confianza se basa en el fundamento común de la adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales¹⁹.

Más concretamente, debemos decir que en virtud del principio de reconocimiento mutuo, la resolución de la autoridad judicial de un Estado miembro debe reconocerse automáticamente y aplicarse en todos los demás Estados miembros con el menor número de trámites posibles²⁰. Se trata, pues, de un reconocimiento automático, basado en dos elementos o sub-principios: la equivalencia y la confianza. El principio de equivalencia se refiere a que el Estado receptor de una resolución judicial debe entender que la decisión del Estado emisor tiene el mismo contenido, es decir, es equivalente a la que habrían dictado sus propios órganos jurisdiccionales.

Por lo que respecta al principio de confianza, se basa en que cada Estado miembro debe confiar en el sistema judicial de los demás Estados, habida cuenta que todos ellos son Estados democráticos que han suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, o, siguiendo a DEL POZO PÉREZ, significa que en un Espacio de libertad, seguridad y justicia, resulta lógico que Estados que comparten una misma concepción de lo que es un Estado de Derecho, tengan un elevado nivel de confianza entre sí, y en particular respecto a decisiones judiciales pronunciadas en el seno de sistemas democráticos consolidados²¹.

Debemos entender los principios apuntados supra de manera indisoluble, es decir, que el reconocimiento mutuo va a ser efectivo en virtud de la equivalencia y la confianza entre los órganos jurisdiccionales penales de los Estados miembros. Ahora bien, en la práctica, el reconocimiento puro y automático no es un hecho, porque si lo fuese, el órgano jurisdiccional del Estado de ejecución únicamente tendría que comprobar la existencia de una resolución judicial, que está vigente en la fecha de ejecución y que la

¹⁸ Vid. la Exposición de Motivos de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros.

¹⁹ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco”, en *Derecho penal supranacional... op. cit.*, p. 389.

²⁰ FONSECA MORILLO, F., “La orden de detención y entrega europea”, *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm.14, 2003, p. 72.

²¹ Cfr. POZO PÉREZ, M. DEL., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea”. *En: Diario La Ley*, núm. 6164, enero 2005, p. 2.

autoridad emisora es la competente para su dictamen. En este sentido, la actuación del órgano jurisdiccional del Estado requerido sería prácticamente igual a la realizada por el órgano jurisdiccional requirente, cuestión que no siempre sucede en la práctica, quedándose en un simple deseo el hecho de un reconocimiento puro y automático²².

Un primer ejemplo en el que se han concretado estos acercamientos entre los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea en el camino de construcción de un “verdadero espacio judicial europeo”²³ es la orden europea de detención y entrega. Pues bien, como es fácil de intuir, la euro-orden constituye el primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones de Tampere. En efecto, el análisis de la orden de detención y entrega, desde un punto de vista estrictamente procesal, puede sistematizarse en dos grandes elementos: por un lado, en la superación (o no) de los obstáculos del sistema de extradición y, por otro, en la agilización del procedimiento. Son precisamente estos extremos los que pasaremos a analizar en los apartados siguientes.

III. LA SOLUCIÓN CLÁSICA Y SUS NOVEDADES: LA DECISION MARCO 2002/584/JAI DEL CONSEJO DE 13 DE JUNIO DE 2002 RELATIVA A LA ORDEN DE DETENCION Y ENTREGA EUROPEA COMO MEDIDA CAUTELAR

1. Cuestiones generales: concepto y finalidades de la Orden europea de detención y entrega

La orden europea de detención europea (en adelante, OEDE) representa la primera concreción del principio de reconocimiento mutuo, principio enunciado por el Consejo Europeo de Tampere, y elevado a la categoría de “piedra angular” de la cooperación por su escrito de conclusiones²⁴. Nos situamos todavía, sin embargo, en el ámbito de la medida cautelar personal por antonomasia que es la prisión provisional: se trata de obtener el cumplimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional para obtener la privación de libertad y la entrega de una persona que se halla en otro Estado miembro de la Unión Europea. Como veremos, no obstante, esta medida clásica con una naturaleza mixta cautelar y cooperativa, se caracteriza por importantes las novedades en el contexto del Derecho comparado.

²² En efecto, la propia Comisión Europea, en una Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2000) 495, de 26 de julio de 2000, sobre “Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal”, p. 18, aludió a dificultades para la existencia de un reconocimiento puro y automático, tales como la diversidad de lengua, de legislaciones, los distintos conceptos de resoluciones judiciales, diverso nivel de protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales en el proceso penal, etc.

²³ Cfr. BUJOSA VADELL, L.M. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Granada, 2008.

²⁴ Vid. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

La Decisión Marco adoptada en cumplimiento del mandato del Tratado de Ámsterdam relativo a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia que exigía, en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, una acción común que facilitara la extradición entre los Estados miembros. Con ella se sustituyen los típicos procedimientos extradicionales, incluidas las disposiciones del Título III del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, por un nuevo procedimiento de carácter estrictamente judicial de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme.

En este sentido, debemos entender la orden de detención y entrega como una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea que pretende la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad²⁵. Como ocurre en la extradición, esta medida de cooperación debe ser vista desde una doble óptica, es decir, desde un punto de vista activo (Estado de emisión) y otro pasivo (Estado de ejecución). En relación con esta cuestión, cada Estado miembro señala las autoridades judiciales competentes tanto para emisión de una orden como para la ejecución de la misma²⁶.

Junto a lo anterior, hay que destacar que esta resolución judicial debe tener alguna de estas finalidades según el artículo 2 de la Decisión Marco:

- En primer lugar, para proceder al ejercicio de acciones penales por aquellos hechos para los cuales la ley penal del Estado emisor señale una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos 12 meses. (OEDE cautelar o instructora).
- En segundo lugar, con el fin de cumplir una condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad. (OEDE ejecutoria).

Dado el carácter netamente jurisdiccional de este nuevo instrumento, su naturaleza es la de un procedimiento al servicio de un proceso penal, es decir, no tiene por objeto la determinación de la posible responsabilidad penal de un sujeto, ni la atribución de unos hechos punibles a una persona, sino únicamente permitir o facilitar la sustanciación de un proceso penal en otro Estado miembro. En este sentido, de las dos finalidades vistas a nosotros nos va a interesar en mayor medida en este momento la relativa al ejercicio de acciones penales, puesto que es en estos casos donde la OEDE actúa como verdadera medida cautelar, no tanto en los supuestos de cumplimiento de

²⁵ El elemento fundamental de esta definición es que se trata de una resolución judicial; el juez que la recibe la va a ver como propia y la va a cumplir con un control mínimo, puesto que nos encontramos en un Espacio de libertad, seguridad y justicia.

²⁶ Art. 6 de la Decisión Marco. En España, por un lado, la autoridad judicial de emisión será cualquier órgano jurisdiccional competente para el asunto en el cual aparezca la necesidad de emitir una OEDE (tanto un órgano de instrucción como uno decisor) y, por otro lado, la autoridad judicial de ejecución serán los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

una condena ya impuesta que enmarcarían a esta medida en el ámbito más propiamente de ejecución penal.

2.- Superación de obstáculos con la Orden europea de detención y entrega

Este instrumento representa los nuevos principios y el futuro de la cooperación judicial en materia penal en el ámbito de los países de la Unión Europea, es decir, los principios de reconocimiento mutuo, confianza, equivalencia e intento de aproximación de las legislaciones internas. Además, asegura la protección y tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos de la Unión, de tal modo que una lesión o menoscabo de los mismos producirá una respuesta del sistema judicial de la Unión Europea, con independencia del Estado concreto donde se produzca la lesión.

Como consecuencia de lo anterior, la orden europea de detención y entrega se presenta como el instrumento que, por sus características, supera los obstáculos y dificultades tradicionales que hacían de la extradición un instrumento excesivamente complejo, politizado y poco efectivo. A continuación, indicamos algunos de los principales rasgos definitorios de esta medida a los que hacíamos referencia²⁷.

a) Simplificación normativa

En el ámbito de la OEDE hemos visto ya que disponemos de una Decisión Marco de 13 de junio de 2002 como norma de mínimos para todos los Estados miembros que después debían transponer los elementos principales de su contenido a sus legislaciones internas, de tal forma que éstas presentan importantes semejanzas entre sí, lo cual contribuye a una simplificación que contrasta con la multiplicidad de fuentes normativas existentes en el ámbito de la extradición (Convenios, tratados internacionales, legislación interna, etc.).

b) Supresión del control de la doble incriminación

Directamente relacionado con el principio de reconocimiento mutuo y de confianza recíproca, el principio de doble incriminación estuvo muy presente en el viejo sistema de la extradición, donde el órgano que decidía sobre la misma en el Estado donde se encontrara la persona buscada debía entrar a conocer el fondo del asunto para verificar que la conducta por la cual se solicitaba la extradición estaba tipificada en su propio Código Penal.

Sin embargo, la aplicación estricta de este principio en el ámbito de la OEDE dificultaría enormemente la efectividad del principio de reconocimiento mutuo, la confianza y la equivalencia. Por ello, una de las importantes innovaciones de la regulación europea de la detención y la entrega de personas es la supresión del control del cumplimiento de la doble incriminación. Téngase en cuenta que esta forma de

²⁷ POZO PÉREZ, M. DEL, "La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales...", op. cit., pp. 8 y ss.

cooperación busca la entrega ágil de una persona de un Estado miembro a otro para el ejercicio de acciones penales o el cumplimiento de una sanción ya impuesta. Así pues, actualmente el régimen de la OEDE es mixto entre la extradición y el reconocimiento automático de las resoluciones judiciales, de tal forma que pueden darse dos supuestos. El primero de ellos consiste en la entrega en la que se da por supuesto el cumplimiento de la doble incriminación y, por ello, se suprime el control del cumplimiento de este principio; en este supuesto, la orden de detención y entrega se aproxima a lo que sería un reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre Estados miembros en el ámbito del proceso penal, siempre y cuando concurren dos condiciones cumulativas: a) debe cumplirse un determinado límite punitivo, es decir, el delito por el que se dicta la OEDE debe estar castigado conforme al ordenamiento del Estado de emisión con una pena privativa de libertad de al menos tres años de prisión; y b) el delito debe estar incluido en el listado de treinta y dos categorías delictivas del art 2.2 de la Decisión Marco, de acuerdo con el Derecho del Estado de emisión.

El segundo de los supuestos es la entrega con exigencia facultativa de la aplicación del principio de la doble incriminación; en este caso, la OEDE resulta similar a la extradición pero con una tramitación exclusivamente judicial, ágil y simplificada. Este supuesto se va a producir si concurren dos presupuestos: 1) que la infracción penal no se encuentre en el mencionado listado del art. 2.2 de la Decisión Marco; 2) que, tras la aplicación de la legislación del Estado de emisión, se castigue el tipo delictivo con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración sea de al menos doce meses para el supuesto de entrega para la realización de diligencias penales contra el sujeto en cuestión, o bien, con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro meses si se pretende la utilización de esta medida de cooperación para el cumplimiento de una pena o una medida de seguridad ya impuesta.

c) Entrega de nacionales

En tercer lugar, el obstáculo tradicional en la extradición relacionado con la prohibición de la entrega de nacionales se supera como consecuencia del principio de confianza en la ejecución de la orden de detención y entrega de estados de la Unión. Con carácter general no podrá utilizarse la prohibición absoluta de entrega de nacionales, con lo cual se produce un avance en la construcción del Espacio judicial europeo y una revisión de la regla del *aut dedere aut indicare*.

d) Monopolio jurisdiccional

La OEDE se caracteriza porque todo el procedimiento queda en manos de los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros (art. 6 de la Decisión Marco), salvando las dificultades que entrañaba el tradicional sistema de la extradición en el que los órganos administrativos y políticos (Poder Ejecutivo) disponían de la decisión final acerca de la emisión y ejecución de la extradición. En consecuencia, la denegación de una entrega no podrá basarse en razones discrecionales de política

exterior de un concreto gobierno, como consecuencia de los principios de reconocimiento mutuo, equivalencia y confianza.

Gracias al monopolio jurisdiccional se produce una mayor y mejor garantía de los derechos fundamentales de la persona que va a ser entregada, dado que todo el proceso se llevará a cabo a través de la realización de un juicio de proporcionalidad por parte de un juez independiente sometido al imperio de la ley y que la aplicará de manera objetiva²⁸. Además, esta exclusividad judicial implica que las decisiones en torno a la OEDE serán motivadas y controlables incluso a través del correspondiente recurso de amparo ante los Tribunales Constitucionales si se vulneraran los derechos fundamentales. Finalmente, también contribuye a la agilidad del procedimiento, puesto que fomenta la asistencia judicial directa entre autoridades judiciales.

3.- Procedimiento de la Orden europea de detención y entrega²⁹

Como hemos tenido oportunidad de comentar previamente, la OEDE debe ser analizada desde una doble perspectiva, pasiva o activa, en función de si el Estado miembro en el que nos encontramos emite la orden o debe ejecutarla. Por ello, procedemos a analizar a continuación los dos puntos de vista y la tramitación que sigue la ODE en cada uno de ellos.

A) Emisión de una Orden europea de detención y entrega.

Es evidente que para la tramitación del procedimiento penal, la OEDE conlleva una serie de ventajas al instituirse como un mecanismo exclusivamente judicial, que ha producido de hecho la homogenización de la normativa europea, valiéndose de un formulario común, un documento único, sencillo y breve, con una ordenada reducción de trámites y de documentación a presentar, bastando con la emisión de la OEDE para que se detenga al individuo, se active el procedimiento de decisión y se produzca la entrega. Se agiliza, en definitiva, el procedimiento judicial al desaparecer la extradición pasiva, de la comunicación directa entre autoridades judiciales y del establecimiento de trámites muy breves de tramitación. Todo ello fortaleciendo el respeto de los derechos fundamentales del reclamado desde el mismo momento de la detención y a lo largo de toda la tramitación.

Con el sistema de la orden europea de detención y entrega se eliminan las trabas que se producían en el clásico procedimiento de la extradición, configurándose en la Decisión Marco un mandamiento de detención europeo que equivale a una solicitud de busca, captura, detención y entrega de la persona reclamada al órgano jurisdiccional

²⁸ De esta forma, además, está presente un doble control judicial mutuo, es decir, tanto la autoridad de emisión como la de ejecución, están obligadas a respetar el Derecho interno en materia de derechos fundamentales.

²⁹ ARANGÜENA FANEGO, C., "Las medidas cautelares en la regulación de la orden europea de detención y entrega: especial consideración de la prisión provisional y sus alternativas y de la intervención de objetos y efectos del delito", *La orden europea de detención y entrega*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 383 y ss.

de emisión; todo ello con una única solicitud común a todos los países de la Unión Europea y cuyo formulario figura en la propia Decisión Marco tal como fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Según el art 9 de la Decisión Marco el modo de transmisión de una orden de detención europea dependerá de que se conozca o no, por parte de la autoridad judicial de emisión, el paradero de la persona buscada. En el caso de que se tenga conocimiento del lugar donde se oculta la persona buscada, “la autoridad judicial emisora podrá comunicar directamente a la autoridad judicial de ejecución la orden de detención y entrega”. En caso contrario, lo que se indica en el art 10 de la Decisión Marco es que la OEDE se enviará a la oficina SIRENE³⁰ correspondiente para que se inserte en el Sistema de Información del Convenio de Schengen (SIS)³¹. Si no es posible recurrir a este sistema se pondrá en conocimiento de INTERPOL. Una vez localizado al sujeto de acuerdo a la anotación en el SIS se pone en conocimiento de la autoridad judicial de emisión, el cual emitirá una orden de detención y entrega sobre la persona buscada.

B) Ejecución de una Orden europea de detención y entrega

Esta fase consiste, a grandes rasgos, en la localización de la persona afectada por la OEDE y la decisión sobre su entrega (o no) al Estado de emisión de la misma. Para ello, cada Estado miembro designa una autoridad judicial de ejecución competente en la fase que nos ocupa, respecto de la cual ya se ha hablado con anterioridad

Antes de entrar en el procedimiento de ejecución de la orden *stricto sensu* es preciso tener en cuenta las posibles causas de denegación de la misma que se contemplan en los arts. 3 y 4 de la Decisión Marco y que se pueden dividir en dos grupos:

Por un lado, las causas de denegación obligatoria, como la amnistía, si el Estado de ejecución, tuviere competencia para perseguir dicho delito conforme a su Derecho interno; la cosa juzgada, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido, esté siendo o ya no pueda ser ejecutada en virtud del Derecho del Estado miembro de la condena o la minoría de edad, dada la clamorosa ausencia de armonización en el ámbito del Espacio judicial europeo sobre los límites en cuanto a la edad penal³².

Por otro lado, nos encontramos con las causas de denegación facultativa, es decir, las que el legislador nacional discrecionalmente puede acoger o no como causas de

³⁰ Las funciones de esta oficina consisten básicamente en el apoyo al Sistema de Información del Convenio de Schengen, el intercambio de información adicional y la actuación como órgano de comunicación bilateral con las oficinas correspondientes de los diferentes países.

³¹ Sistema de Información del Convenio de Schengen (SIS): mecanismo común a todos los Estados miembros que permite a las autoridades competentes de los mismos disponer de información relativa a ciertas categorías de personas y de objetos.

³² Vid. BUJOSA VADELL L.M., “Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2008, pp. 129-178.

denegación³³: cuando no se cumpla el principio de doble incriminación, siempre que se trate de categorías delictivas a las señaladas en la lista antes mencionada; cuando haya litispendencia el Estado de ejecución; cuando es este mismo Estado se ha decidido no iniciar un proceso por los mismos hechos o cuando haya recaído sobreseimiento libre y definitivo; cuando se aplique la prescripción: cuando pueda alegarse cosa juzgada internacional por existir sentencia de un tercer Estado; cuando se trate de un nacional o residente del Estado de ejecución y éste se comprometa a ejecutar la condena; cuando se trate de hechos cometidos en el territorio del Estado de ejecución o fuera de él, no siendo perseguibles por ello en este Estado. Por lo que respecta concretamente al procedimiento de ejecución de la OEDE, en un primer momento la autoridad judicial de ejecución recibe la orden conforme a la transmisión efectuada de conformidad con los arts. 9 y 10 de la Decisión Marco. En caso de que la OEDE fuese recibida por un órgano no competente para darle curso, éste la transmitirá de oficio a la autoridad que disponga de dicha competencia informando de esta actuación a la autoridad judicial emisora.

Posteriormente, en virtud del art. 11 de la Decisión Marco, cuando la persona buscada sea detenida la autoridad judicial de ejecución competente deberá informar a dicha persona, conforme a su Derecho interno, de la existencia de la orden de detención, de su contenido y de la posibilidad que tiene de consentir en su entrega a la autoridad judicial emisora. Asimismo, tendrá derecho a la asistencia de un abogado y, cuando sea preciso, de un intérprete, teniendo en cuenta además que a tales derechos deberán añadirse todos aquellos otros que se contemplen en el Derecho interno del Estado de ejecución (en España, los previstos en el art. 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por otra parte, la Decisión Marco en su art. 12 viene a decir que la autoridad judicial de ejecución deberá decidir sobre la situación de la persona detenida durante la tramitación del procedimiento de la OEDE, haciendo referencia concretamente a dos medidas: el mantenimiento de la detención (asimilable a la prisión provisional del ordenamiento español) o la libertad provisional (con las cautelas precisas para evitar la fuga u ocultación del sujeto en cuestión).

Al margen de lo anterior, el paso siguiente dentro del procedimiento de ejecución consiste en la celebración de una audiencia de la persona objeto de la OEDE cuyos detalles concretos vienen determinados por las distintas leyes de transposición

³³ Sin embargo, el legislador español de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, que fue la que traspuso a nuestro ordenamiento interno las disposiciones de la Decisión Marco, copió tal cual la norma del texto europeo, sin tener en cuenta que ésta concedía un ámbito de discrecionalidad a los legisladores nacionales para que pudieran determinar sus opciones concretas, mientras que al introducir ese mismo ámbito de discrecionalidad en la ley española el destinatario es cualitativamente distinto: son los jueces encargados de aplicar esas normas, que deben decidir sobre la aplicación de tales causas de denegación sin tener elementos suficientes para la concreción de ese ámbito discrecional.

de los Estados miembros. Común a todas ellas es la posibilidad de que concurran dos situaciones jurídicas distintas:

- a) La persona detenida consiente su entrega ante la autoridad judicial de ejecución de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ésta última, siempre de manera voluntaria y con plena conciencia de las consecuencias que ello conlleva (los Estados miembros deberán articular las medidas necesarias para que se cumplan tales condiciones). En este supuesto se levantará acta del consentimiento, que en principio será irrevocable; no obstante, el art. 13.4 de la Decisión Marco admite que los Estados miembros establezcan que dicho consentimiento pueda revocarse de conformidad con sus respectivos Derecho internos. Por último, al igual que cabe consentir en la entrega, el detenido también puede renunciar a acogerse al principio de especialidad, por virtud del cual (con carácter general y sin perjuicio de posibles excepciones³⁴) la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado su entrega (art. 27.2 de la Decisión Marco)³⁵.
- b) La persona detenida decide no consentir en su entrega, en cuyo caso tendrá derecho a ser oída por la autoridad judicial de ejecución de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución.

Por otro lado, como se ha visto la OEDE es un instrumento mucho más ágil y rápido que la tradicional extradición y a tal fin contribuye el plazo de tramitación de la orden que se contempla en el art. 17 de la Decisión Marco. En virtud del citado precepto, la OEDE se tramitará y ejecutará de forma urgente; si la persona objeto de la OEDE consiente en su entrega, la decisión definitiva sobre si procede o no la ejecución de la orden deberá adoptarse en el plazo de diez días desde el consentimiento referido. En los casos en que no se emita el mencionado consentimiento, el plazo será de sesenta días tras la detención de la persona buscada. Si no fuera posible cumplir con los plazos mencionados, la autoridad judicial de ejecución informará a la de emisión de los motivos de la demora, pudiendo prorrogarse dichos plazos otros treinta días.

Mientras la ejecución de la OEDE está pendiente, cabe la posibilidad de realizar una toma de declaración a la persona afectada por la esta medida o su traslado

³⁴ Son excepciones las contempladas en los apartados 1, 3 y 4 del art. 27 de la Decisión Marco.

³⁵ Vid. BUJOSA VADELL, L.M., “Sobre el principio de especialidad en la aplicación de la orden europea de detención y entrega. En torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008 (C-388/08)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 20, febrero, 2010.

temporal de conformidad con el acuerdo entre las autoridades correspondientes de los Estados involucrados (arts. 18 y 19 de la Decisión Marco).

Una vez tomada la decisión, la autoridad judicial de ejecución la notificará de inmediato a la de emisión y, si se acordó la entrega, ésta deberá producirse a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en un plazo que no superará los diez días después de la decisión definitiva. Cuando no sea posible la entrega en el mencionado plazo, las autoridades judiciales de ejecución y emisión se pondrán inmediatamente en contacto y acordarán una nueva fecha de entrega. No obstante, también debemos tener en cuenta que la entrega podrá suspenderse, básicamente en dos supuestos:

- 1) Suspensión excepcional y provisional por motivos humanitarios graves, tales como peligro para la vida o salud debido al traslado de la persona en cuestión (art. 23.4 de la Decisión Marco).
- 2) Suspensión de la entrega para que pueda ser enjuiciada en el Estado miembro de ejecución o, si estuviese condenada, para que pueda cumplir la pena impuesta (art. 24.1 de la Decisión Marco).

Ahora bien, se observa que la importancia de los plazos para la Decisión Marco es clave en tanto que una vez expirados, la persona que se hallare aún detenida deberá ser puesta en libertad, con lo cual nos podemos encontrar con que el sujeto que debería ser enjuiciado (o, en su caso, cumplir una condena) dejaría de estar a disposición de las autoridades respectivas por haber dejado transcurrir los plazos indicados sin haber actuado conforme a la normativa aplicable.

IV. LA ALTERNATIVA: LA DECISION MARCO SOBRE MEDIDAS DE CAUTELARES INNOMINADAS EN LA UNION EUROPEA

1. Cuestiones generales

En aras de la consecución del Espacio judicial común y de agilizar las relaciones entre los Estados miembros, se han presentado en estos años pasados numerosas propuestas, algunas de las cuales han conseguido materializarse en normas actualmente vigentes, además de la ya citada orden europea de detención y entrega vista anteriormente. Entre todas estas propuestas se encuentra la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 23 de octubre de 2009, que busca, como dice su propio nombre, el reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, decisión que busca satisfacer dos principios implícitos en el sistema de justicia europeo. A su vez, tendremos que tener en cuenta otra importante disposición referida a medidas no propiamente cautelares, pero sí preventivas, puesto que tienen cada vez una mayor importancia en nuestros procesos

penales. Nos referimos a la Directiva sobre la Orden europea de protección de 13 de diciembre de 2011.

Desde el punto de vista jurídico-constitucional es importante partir de la consideración fundamental sobre la aplicación de medidas innominadas como cauce alternativo o de sustitución de la medida cautelar privativa de libertad. Así la Unión Europea ha reflejado su interés y preocupación por la búsqueda de consensos entre los Estados miembros para favorecer la aplicación de estas medidas alternativas que puedan cumplir una misma finalidad, pero que sean mucho menos invasivas de la integridad jurídica del sujeto encausado. La aplicación de estas medidas debe tener en cuenta muy de cerca la aplicación meticulosa del principio de proporcionalidad³⁶ a las circunstancias concretas. En definitiva, consideramos que se trata de una medida más para facilitar que el Derecho Penal sea un instrumento jurídico de *ultima ratio*, y de este modo, la menor restricción posible de los derechos fundamentales se convierta en *ratio prima* en el desarrollo del proceso penal. Como veremos estas medidas además, persiguen con muy buen criterio que prevalezca el principio de la finalidad resocializadora, también de claro alcance constitucional.

De este modo, la Unión Europea, ante estas premisas, se dispuso al estudio de la situación existente en la regulación interna de los Estados miembros y al debate acerca de cómo proceder al acercamiento de normativas y a la facilitación de la cooperación, también desde este punto de vista. La Comisión Europea publicó con este fin el llamado “Libro Verde sobre reconocimiento mutuo de medidas de control no privativas de libertad”³⁷. Se trata de un texto de gran interés y de considerables consecuencias por el que se introduce el planteamiento de los Estados miembros adopten medidas en el contexto que ya conocemos de la vigencia de los principios de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y de sus complementarios de equivalencia y de confianza. A partir del debate público suscitado por el Libro Verde los órganos comunitarios pasaron a elaborar propuestas más concretas, de manera que así se llegó a la aprobación de la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional³⁸.

En ambos textos lo que se defiende esencialmente es que ante determinados tipos delictivos se sustituya la medida privativa de libertad por otra menos lesiva ya que la prisión preventiva, cuando se trata de infracciones criminales menores o cuando no se dan circunstancias especiales que hagan previsible la imposibilidad de enjuiciar al acusado, o en su caso, del cumplimiento de la pena que finalmente se imponga, puede resultar desproporcionada pues afecta directamente y de forma especialmente restrictiva a los derechos fundamentales y, por otra parte, puede contradecir el propósito resocializador que también debe ser central en un Estado social y

³⁶ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2007.

³⁷ Documento COM (2004) 562 final - no publicado en el Diario Oficial.

³⁸ Publicada en el *Diario Oficial* L 294, de 11 de noviembre de 2009.

democrático de Derecho. Además, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual establece que la cooperación judicial en materia penal en la UE se basará en los principios de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales por lo que los Estados miembros, esta Decisión Marco trata de favorecer la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea en esta materia particularmente compleja en la práctica, que es en el establecimiento de medidas cautelares personales pero distintas a la privación de libertad.

Por ello, como veremos en las siguientes páginas, los Estados miembros, una vez incorporada esta normativa en su Derecho interno, estarán obligados a cooperar en la aplicación y la ejecución de las medidas cautelares alternativas sobre la persona imputada en un territorio distinto en el que se esté llevando a cabo el proceso penal. Aquí entra en juego uno de los conceptos básicos de la propia esencia de la Unión Europea que es la libre circulación de personas.

Junto a todo ello, no estará de más exponer las novedades introducidas en el Derecho europeo en otro aspecto distinto, pero cercano al que se acaba de apuntar, por lo que nos va a servir de muy útil elemento de comparación y de complemento para permitir la comprensión del panorama completo ahora mismo vigente en la Unión Europea y en plena transposición normativa por parte de los diversos Estados miembros. Pocos años después de la aprobación de la orden europea de vigilancia que acabamos de mencionar, fue promulgada la Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección³⁹ –conviene hacer notar que debido a la entrada en vigor de la reforma operada por el Tratado de Lisboa, ya no son las Decisiones Marco las fuentes normativas habituales en esta materia, sino las Directivas, aunque es importante tener en cuenta que la estructura de ambas es la misma: se dirigen a los legisladores nacionales para que incorporen en un plazo determinado en sus respectivos ordenamientos el contenido fijado de manera general en este tipo de textos de *hard law*-.

2.- El avance hacia la aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea de las medidas cautelares personales innominadas

Nos situamos por tanto en las coordenadas entre, de un lado, el principio de reconocimiento mutuo y la libre circulación de decisiones dictadas por las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros⁴⁰, y de otro lado, el objetivo de hacer de la prisión provisional una medida residual, dentro de las medidas cautelares personales en cualquier proceso penal, por la enorme restricción del derecho a la libertad que ella

³⁹ Publicada en el *Diario Oficial* L 338, de 21 de diciembre de 2011.

⁴⁰ *Vid.* Considerando 1 y 2 de la Decisión Marco del Consejo de 23 de octubre de 2009 y art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

supone⁴¹. El objetivo general de esta Decisión Marco es, en definitiva, el de reforzar el derecho a la libertad y la presunción de inocencia en la Unión Europea y promover la igualdad de trato de todos los ciudadanos en el Espacio común de libertad, seguridad y justicia.

Antes de entrar a analizar más en profundidad en qué consiste este procedimiento de reconocimiento mutuo de medidas cautelares alternativas tenemos que ver el contexto en el cual surge esta iniciativa, y para ello hay que tener en cuenta que antes de esta decisión había determinados aspectos del reconocimiento mutuo que todavía no se habían abordado a nivel europeo, y en particular los referentes a las medidas cautelares, lo que iba en detrimento de la presunción de inocencia y el derecho a la libertad, quedando incompleto el denominado Espacio de libertad, seguridad y justicia.

Antes de la elaboración de dicha Decisión Marco los ciudadanos de la Unión Europea que eran sospechosos de haber cometido un delito en un Estado miembro en el cual no residían, podían ser sujetos a la medida de prisión provisional, con lo que su libertad de movimiento se veía como es obvio gravemente coartada, obligándoles a permanecer en el Estado cuyo órgano jurisdiccional hubiera adoptado la prisión provisional, teniendo que permanecer durante el período temporal de aplicación de la medida, normalmente bastante extenso, lejos de su lugar de arraigo personal y, en su caso, profesional, con lo que ello podría afectar a la efectividad de la reinserción social del encausado. Con ello podría afirmarse que se aplicaba un trato diferenciador negativo y más gravoso que si se tratase de un nacional del Estado en el que se adopta la medida cautelar: ya que ante un hecho de similares características un nacional del Estado miembro donde se comete el presunto delito cumplía la medida cerca de su residencia, mientras que el nacional de otro Estado miembro –o por supuesto cualquier extranjero– se vería necesariamente lejos de su lugar de origen o de residencia. Cuando las medidas cautelares personales no son privativas de libertad, es más fácil la transmisión a otro Estado de la vigilancia del cumplimiento de las mismas. La persona estará en libertad, aunque ésta tendrá algunas restricciones, impuestas por el Estado de emisión, pero que deben ser controladas por las autoridades del Estado de ejecución. A ello se dedica justamente la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009.

En cuanto al procedimiento, el principal objetivo de esta Decisión Marco, junto con el de priorizar la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad y dotar de una mayor protección a las víctimas es, y así se reitera a lo largo del cuerpo normativo, garantizar que la persona afectada por una medida cautelar esté disponible para comparecer en juicio. El mecanismo simple que se adopta consiste en que un Estado emite la medida cautelar en el contexto de un proceso penal, para que sea reconocida y ejecutada en el Estado miembro donde se encuentre el afectado por la misma, con el fin de que llegado el momento la persona acuda al lugar de emisión para la celebración

⁴¹ *Vid.* art. 5 Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y considerando 4 de la Decisión Marco.

del juicio. Dicho reconocimiento y ejecución es obligatorio para el Estado receptor, que adoptará sin demora todas las acciones necesarias para la supervisión de esa medida adoptada en el Estado de origen.

Las medidas de vigilancia previstas como de obligatoria consideración son las siguientes: obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir las citaciones a comparecer en unas diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales; obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; obligación de permanecer en un lugar determinado, cuando proceda, en períodos determinados; imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución; obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos.

Pero además, de manera facultativa, los Estados miembros podrán aceptar la vigilancia de otras medidas: obligación de no realizar determinadas actividades relacionadas con los delitos presuntamente cometidos, lo que podrá incluir ejercer determinadas profesiones o trabajar en determinados sectores; obligación de no conducir vehículos; obligación de depositar una suma determinada o dar otro tipo de garantía, en un número determinado de plazos o en un pago único; obligación de someterse a tratamientos terapéuticos o a tratamientos contra las adicciones; obligación de evitar todo contacto con objetos específicos relacionados con los delitos presuntamente cometidos.

Se aplica también aquí la supresión del control de doble incriminación de la que se ha hablado en un apartado anterior. Al margen de las categorías delictivas en las que desaparece esa exigencia, y por tanto, la posibilidad de oponer la falta de tipificación como motivo de denegación, queda salvaguardada la facultad del Estado receptor de supeditar el reconocimiento y ejecución de la orden de vigilancia a la condición de que la infracción imputada también se considere un hecho constitutivo de infracción por su legislación.⁴² Volvemos a encontrar otra manifestación de la salvaguarda del Derecho del Estado de ejecución, o lo que es lo mismo, el Estado receptor en el art. 13 de la Decisión Marco, ya que en el caso de que las medidas cautelares sean incompatibles con el Derecho del citado Estado, la autoridad competente de ese Estado miembro podrá adaptarlas a los tipos de medidas de vigilancia que se apliquen en su Derecho nacional a infracciones equivalentes.

El Estado de ejecución tiene una labor principalmente activa, ya que además de encargarse de la supervisión de las medidas de vigilancia conforme con su Derecho, tal y como menciona el art. 16 de la Decisión Marco, tiene que velar en todo momento porque llegado el día de celebración del juicio en el Estado de origen de la medida, la persona afectada comparezca. Dejando al Estado emisor, o lo que es lo mismo Estado

⁴² *Vid.* Art. 14.3 de la Decisión Marco.

de origen, la potestad de establecer, modificar o retirar las medidas cautelares que considere oportunas siempre de acuerdo con su propia legislación.

Es destacable el hecho de que a lo largo de toda la redacción y ya desde la propia Exposición de motivos de la Decisión Marco se hace constante referencia a los medios tecnológicos y telemáticos que puedan ser de aplicación durante la vigencia de la medida de vigilancia. Todo ello busca sin duda, como ya hemos reiterado, facilitar la sustitución de la prisión provisional como medida cautelar, por otras que puedan cumplir la misma finalidad, pero de manera menos restrictiva para los derechos del afectado.

Este reconocimiento de medidas de vigilancia diseñado por la Decisión Marco sigue la estela dejada por la orden europea de detención y entrega, ya que pueden apreciarse considerables similitudes entre ambos procedimientos. Por ejemplo el hecho de que los delitos para los cuales se contemplan ambas y que no exigen el control de la doble tipificación en los Estados que intervienen son idénticos delitos o infracciones que por su importancia o enorme gravedad podemos entender que están sancionados en todos los Estados. Sin embargo, una de las más notables diferencias entre la orden europea de detención y entrega y el reconocimiento de medidas cautelares es que se contempla la posibilidad de que estas últimas sean dictadas por autoridades no judiciales⁴³, lo que sin duda tiene la finalidad de respetar los distintos sistemas procesales vigentes en Europa, entre los cuales se dan destacadas divergencias.

Recientemente, dentro de nuestro propio ámbito estatal español, y teniendo como finalidad la armonización de legislaciones de los Estados miembros y la facilitación del reconocimiento de decisiones judiciales se ha elaborado el Proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, con fecha de 21 de marzo de 2014. Su principal objetivo es que una resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, mediante la comunicación directa entre autoridades judiciales, suprimiendo el control del cumplimiento del principio de doble tipificación. Dando como resultado un proceso simple y ágil en el cual las posibilidades de rechazo del reconocimiento son prácticamente residuales.

Este proyecto supone una modificación de la técnica normativa empleada hasta ahora en la incorporación de normas europeas, reduciendo así la enorme dispersión normativa existente, ya que reúne distintas decisiones marco que van desde la orden europea de detención y entrega con fecha de 2002, hasta la decisión marco de 2009 relativa al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia estudiada anteriormente. Así la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales, en cuanto sea aprobada, reunirá el contenido de todas las decisiones marcos y las directivas aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales, incluye tanto las ya traspuestas como las que están pendientes de transposición, y va acompañada de una Ley Orgánica que modifica nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, con el fin de fijar

⁴³ Vid. Art. 6.2 Decisión Marco

de una manera reforzada las respectivas competencias de los órganos jurisdiccionales en la emisión o ejecución de estas medidas de cooperación en el Espacio judicial europeo.

3.- Las posibilidades de la Orden europea de protección: el perfeccionamiento de la cooperación en la Unión Europea en materia de tutela preventiva

Como ya se ha expuesto anteriormente, partimos del criterio general de la facilitación de la cooperación en materia penal por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, y desde esta perspectiva también se ha avanzado hacia la armonización y la aplicación extraterritorial de medidas de protección de la víctima. La Orden Europea de Protección viene establecida por la Directiva 2011/99/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, cuyo fundamento se encuentra a su vez en la Decisión Marco 2001/220 JAI, de 15 de marzo de 2001⁴⁴, relativa la estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal, que se encargaba de dotar a las víctimas de una protección armonizada entre los Estados miembros de la Unión Europea⁴⁵.

A partir del Programa de Estocolmo⁴⁶ y del Plan de Acción subsiguiente por el que la Comisión Europea plantea medidas para la aplicación de dicho programa⁴⁷ se reconoce la necesidad de establecer nuevas medidas para poder atender de forma eficiente las necesidades de las víctimas. Se pone en práctica por parte de la Comisión la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, desde la perspectiva de la aplicación general de medidas de refuerzo para los derechos de las víctimas y garantizando de esa forma la protección, el apoyo y el acceso a la justicia. En definitiva, se trata de garantizar que las víctimas al tener libertad de circulación por los territorios de la Unión Europea tengan la misma protección sustancial sea cual sea el Estado miembro en que se establezca.

⁴⁴ Publicada en el *Diario Oficial* L 82 de 22 de marzo de 2001.

⁴⁵ Como dice la profesora ARANGÜENA FANEGO, C., “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: La orden de protección”, en *Derecho procesal en el Espacio Judicial Europeo* (Coord. J. MARTIN OSTOS), Atelier, Barcelona, 2013, p. 46, la protección de las víctimas mediante dicho estatuto era deficiente al menos desde el punto instrumental ya que “solamente contaba con unos planteamientos programáticos orientados a garantizar una protección efectiva de las víctimas en general o de algunas o de algunas particulares categorías de víctimas (terrorismo, violencia doméstica o de género) en particular”. Debe señalarse, sin embargo, que ha habido una considerable ampliación con la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, publicada en el *Diario Oficial* L 315, de 14 de noviembre de 2012.

⁴⁶ Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, publicado en el *Diario Oficial* C 115 de 4 de mayo de 2010.

⁴⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 – Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos – Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo [COM(2010) 171 final – no publicada en el Diario Oficial].

En un principio esta Directiva estaba pensada solamente para la protección de las víctimas de violencia de género, siguiendo el modelo avanzado en España desde hace ya bastantes años. Así lo propuso la delegación de nuestro país durante la presidencia española del Consejo Europeo en el primer semestre de 2012. Pero, con buen criterio, en el seno de la Unión Europea, se valoró la importancia de la propuesta para una aplicación más generalizada a todo tipo de víctimas que necesitaran una protección específica.

A) *Objetivos de la Orden de protección*

Los objetivos de la Orden europea de protección se contienen básicamente en los considerandos 5 y 6 y en el artículo 1 de la Directiva: garantizar que los ciudadanos que sean víctimas de un delito puedan ejercer su derecho a circular y a residir libremente en el territorio de la UE reflejados en los artículos 3.2 del Tratado de la Unión Europea y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sin que esto tenga que significar el menoscabo de su seguridad personal por lo que mediante el reconocimiento de las resoluciones judiciales permite a otorgar eficacia transnacional a las decisiones judiciales que se tomen previamente en el Estado de emisión, es decir, si el Estado de emisión considera que es necesario emitir una orden de protección europea y transmitirla al Estado donde vaya a residir la víctima, éste Estado de ejecución deberá aplicar una medida de protección efectiva de acuerdo a su Derecho nacional: se obliga a modificar el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución para establecer las medidas que en dicha orden se establecen pero también el Estado de ejecución podrá adoptar medidas similares a las que establezca la orden.

Además cabe decir que en aras de la agilidad y la rapidez, que pueden ser fundamentales en los casos en que sea necesaria la aplicación de estas medidas preventivas, la Directiva establece que en el Estado de ejecución no se tendrán que volver a incoar, ni a volver a justificar ante las autoridades competentes los presupuestos procesales para la adopción de la medida de protección.

La Directiva establece quien es la persona sobre la que se aplicará la Orden de protección y entiende que tiene la finalidad de amparar y proteger a cualquier víctima, no solamente las víctimas de violencia de género, y seguidamente dispone que tales medidas son destinadas de manera concreta a proteger a una persona contra actos delictivos causados por otra que puedan poner en peligro su vida o su integridad física, así como psicológica o sexual, o su dignidad o libertad personal. También pueden dirigirse al objetivo de evitar la reiteración delictiva o a reducir las consecuencias de los hechos delictivos ya cometidos.

Por otra parte la Directiva establece que, los Estados miembros no están obligados a dictar una orden europea de protección atendiendo a una medida de carácter penal que

no esté destinada específicamente a proteger a una persona sino principalmente a otros fines, por ejemplo, la rehabilitación social del delincuente.

El ámbito de beneficiarios de dicha orden es limitado a las víctimas de un delito, pero la Directiva establece una excepción por la que se puede ampliar eventualmente a sus familiares para el supuesto en que hubieren resultado amparados por la medida de protección que se le hubiere otorgado a la víctima.

Sin que se vean perjudicados los objetivos principales que se acaban de enumerar se pretende asimismo que la Orden europea de protección pueda complementarse con las medidas establecidas por la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, relativa al principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada y penas sustitutivas⁴⁸ y, asimismo, por la ya examinada Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, sobre la aplicación del principio de reconocimiento sobre las medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional. Pero conviene destacar que, aunque la orden de protección pueda ser complementaria de ambas Decisiones marco, no es posible que dentro de un mismo Estado se aplique conjuntamente la Orden de protección y alguna de las medidas previstas en estas últimas Decisiones Marco (art. 14.1 de la Directiva). Sin embargo lo que no se impide es que se emita una Orden europea protección para que sea reconocida por un Estado miembro donde la víctima se traslade con independencia de que pueda existir una orden de vigilancia en el Estado donde el imputado se encuentre.

B) Presupuestos y ámbito de aplicación

El artículo 2.1 de la Decisión Marco define la orden como una “resolución adoptada por una autoridad judicial o autoridad equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección, en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de otro estado miembro adopta la medida o medidas oportunas con arreglo a su propio derecho nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida”. Por tanto, podemos entender que la medida de protección es una resolución judicial dictada por el Estado emisor conforme a su normativa nacional por la que se impone a la persona causante del peligro una o varias medidas recogidas en el art. 5 de la Directiva, con la finalidad de proteger a la persona de actos delictivos que pueda poner en peligro su vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad individual o integridad sexual.

Es preciso observar también un detalle importante y es que existe un vínculo de subsidiariedad entre la emisión de la orden de protección y el presupuesto necesario para que se conceda, es decir, es necesario que la medida de protección previa adoptada por el Estado emisor encaje en las diversas modalidades previstas en el artículo 5 de la Directiva, por tanto hay que considerar que dichas modalidades son enumeradas con carácter de *numerus clausus* y por tanto no cabe emitir una Orden

⁴⁸ Publicada en el *Diario Oficial* L 337, de 16 de diciembre de 2008.

europaea de protección si la medida adoptada por un Estado no coincide con las mencionadas en dicho artículo.

Por otro lado, respecto al ámbito de aplicación de la orden europea de protección podemos afirmar que se trata de una medida de eficacia territorial limitada conforme a lo establecido en el artículo 6.1 el cual establece que “la persona protegida decida residir o resida ya en otro Estado miembro o cuando decida permanecer o permanezca ya en otro Estado miembro”. Por lo tanto de ello debemos entender que hay una limitación en relación a la aplicación de la orden europea de protección pues solamente tendrá eficacia en el territorio donde la víctima se hubiera desplazado o tuviera pensado desplazarse.

Como último matiz destacamos la exigencia de que la víctima tenga una cierta permanencia en el Estado de ejecución como uno de los requisitos para la emisión de la Orden de protección, por lo que no estaría justificada tal emisión en el caso de que la víctima simplemente realice un viaje. Además, el Estado de emisión tendrá que considerar los periodos en que la víctima va a permanecer en otro Estado miembro y el grado de necesidad de la medida, con aplicación de los parámetros de proporcionalidad.

4.- Comparación entre la Orden europea de protección y la Orden de vigilancia en el marco de la cooperación penal preventiva entre los Estados miembros de la Unión Europea

En un principio es fácil distinguir ambas medidas de cooperación, pues la base esencial es distinta: en la Orden Europea de protección se trata justamente de eso: de proteger a la víctima, y como mucho además a su entorno, mientras que en la Orden de vigilancia se trata de beneficiar en alguna medida al imputado para que cumpla algunas restricciones a su libertad de modo que no se restrinjan excesivamente sus derechos fundamentales, y entre ellos, las posibilidades y eficacia de la reinserción social. Pero desde el punto de vista de la Orden europea de protección las medidas que se toman hacia la víctima tienen también un cierto componente de medida de vigilancia, ya que si nos centramos en el artículo 5 de la Directiva vemos que se prevén algunas medidas que tienen contenido similar: obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución, o la prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos. Además, téngase en cuenta que se trata de medidas que pueden aplicarse no sólo durante, sino también después del proceso, ya como medidas de naturaleza ejecutiva, y así se prevén en la también mencionada Decisión Marco 2008/947/ JAI del Consejo, relativa al principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada y penas sustitutivas.

Así pues, aunque la Orden de protección gire en torno a la figura de la víctima ello no significa que la figura del imputado quede al margen, sino todo lo contrario, pues dichas medidas se caracterizan por tener una visión garantista de los derechos fundamentales de ambas categorías subjetivas. Como se recuerda en el propio Considerando 17º de la Directiva, hay que aplicar a todos estos asuntos las diversas consecuencias que se derivan del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como el artículo 47, en su párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Humanos se le debe dar la posibilidad a la persona causante del peligro de ser oída y de impugnar la medida de protección durante el procedimiento interno y en todo caso antes de que se dicte una orden de cooperación al respecto. Se recoge así, como no podía ser de otra manera, el principio de contradicción reflejado en nuestro Derecho constitucional interno en el artículo 24 de la Constitución.

Por lo que se refiere también a la perspectiva del tratamiento del imputado es claro, como se ha destacado con anterioridad, desde las propias instituciones de la Unión Europea se intenta reducir en lo posible la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad, como la que tradicionalmente en el Derecho español se denomina prisión provisional, debido a su alto grado de lesividad y de este modo se opta por otras medidas que tengan el mismo resultado que, en sentido puramente cautelar supondría asegurar que podrá tener efectividad una sentencia eventualmente condenatoria, y desde una perspectiva más bien puramente preventiva, se trataría de eludir o evitar que el causante del delito vuelva cometer otra infracción criminal.

Es importante destacar una vez más, desde la perspectiva central que nos interesa en esta ponencia, que la Decisión Marco del Consejo sobre la Orden de vigilancia opera no sólo en el marco de las medidas cautelares, sino además en la necesidad de arbitrar la cooperación entre los Estados miembros afectados. Como hemos señalado ya, tiene su principal función en la sustitución, cuando sea posible, de las medidas cautelares más invasivas. En ello siempre estará afectado el encausado, que será el mismo al que, en su caso, pueda aplicarse la Orden europea de protección, con lo que vemos otra similitud muy clara entre ambas regulaciones. Hemos visto que se trata de aplicar medidas a aquellas personas en que concurren determinadas circunstancias: por un lado la imputación de infracciones criminales, pero además deben existir elementos indiciarios que permitan concluir bien, que pueden fugarse de la acción de la justicia – especialmente para supuestos delictivos en que no quepan penas privativas de libertad – , o pueden suponer un peligro para determinados bienes jurídicos dignos de protección. Sin embargo hay que establecer una diferencia: en la Decisión Marco sobre la Orden de vigilancia se refiere a casos de infracciones criminales de menor entidad, es decir, aquellos delitos que desde el punto de vista cuantitativo no tengan una pena privativa de libertad superior a dos años, mientras que la Orden europea de protección da a entender que se trata de aplicar las medidas preventivas que contempla

a casi a cualquier supuesto penal que conlleve un peligro para la vida, la integridad física, mental, psicológica o sexual, además de casos de determinados delitos en los que la experiencia ha demostrado que este tipo de medidas pueden ser especialmente necesarios y efectivos: el terrorismo o la violencia de género.

Se observa, por tanto, que hay una diferencia entre el criterio cuantitativo establecido por la Decisión Marco mientras que la Directiva establece un criterio cualitativo. Pero sin embargo todo ello debe contemplarse sin olvidar que la propia Decisión Marco considera que la detención provisional tiene que aplicarse como una medida excepcional, y no como se dijo anteriormente como una medida de *prima ratio*. No podemos olvidar la posición de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona detenida en un Estado miembro diferente a aquél en que reside habitualmente el imputado, por lo que el riesgo de trato desigual es objetivamente mayor y por lo que precisamente la aplicación del principio de reconocimiento de resoluciones judiciales es importante a efectos de equilibrar situaciones potencialmente desiguales. Ello conlleva, obviamente, que el Estado receptor de la medida a aplicar ceda parte de su soberanía y consienta en ejecutar una resolución judicial que no ha sido emitida por quienes ejercen su propia potestad jurisdiccional. En esa cesión está justamente la base de la construcción del Espacio judicial europeo. Deben permitir, cumpliendo el principio de reconocimiento mutuo y el de sus complementarios de confianza legítima y equivalencia, que esas órdenes derivadas de otra Jurisdicción, sea aplicadas de forma cooperativa por los órganos públicos pertenecientes a otro Estado.

Para finalizar cabe decir que tanto la aplicación de la Orden europea de protección como el cumplimiento de las normas de la Decisión Marco sobre la orden europea de vigilancia implican necesariamente en el ámbito interno el establecimiento de autoridades judiciales competentes para la emisión, teniendo en cuenta que respecto a las órdenes europeas de protección es posible que las emitan no sólo autoridades judiciales, sino también “similares”. Por tanto, dependerá de la estructura normativa de cada Estado miembro que puede ser una autoridad judicial o un ente administrativo el que emita la mencionada orden, lo cual no será igualmente bien visto por todos los eventuales Estados de ejecución, pues en ocasiones puede comportar un peligro respecto a la exigencia del presupuesto de la jurisdiccionalidad para la limitación proporcionada de los derechos fundamentales. Por el contrario, en la Decisión Marco se da entender que dicha resolución solamente puede ser dictada por una autoridad judicial competente, como corresponde a verdaderos supuestos de naturaleza jurisdiccional cautelar.

Todo ello se enmarca en el problema de los eventuales abusos en la aplicación de la prisión preventiva, medida cautelar que, como destacó bien pronto el Tribunal

Constitucional español, debe ser excepcional⁴⁹, por la gran limitación que provoca en los derechos fundamentales de los afectados, y por tanto habiendo medidas que cumplan idénticas finalidades, si son menos lesivas deben ser las constitucionalmente legítimas. La aplicación de este conjunto de medidas diversas de la privación cautelar de la libertad es un paso importante en ese camino, dejando la prisión preventiva como medida de *ultima ratio* y dando preferencia, por tanto, a otras medidas con objetivo cautelar como la utilización de medidas electrónicas de seguimiento, aunque éstas puedan suscitar otros problemas que también deberán ser valorados como la afectación al derecho a la intimidad.

⁴⁹ Ya la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 41/1982, de 2 de julio, aludía al principio de excepcionalidad: "2. La institución de la prisión provisional, situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la C.E. por las afirmaciones contenidas en: a) el art. 1.1, consagrando el Estado social y democrático de derecho que «propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»; b) en la sección 1.ª, capítulo 2.º del título I, el art. 17.1, en que se establece que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley», y c) en el art. 24.2, que dispone que todos tienen derecho «a un proceso público sin dilaciones indebidas... y 3 a la presunción de inocencia»".

V. CONCLUSIONES

I. A partir de todo lo estudiado en el presente trabajo debemos concluir que a pesar de que la europeización del Derecho Procesal Penal es un hecho cada vez más tangible, la realidad es que la Unión Europea debe dar pasos más trascendentales en aras de una integración efectiva y eficaz. Esto es así porque el principio de reconocimiento mutuo debería regir en las relaciones de cooperación entre los Estados europeos de manera pura y automática, pero existen obstáculos que se concretan en la falta de confianza entre determinados Estados y la ausencia de equivalencia de los distintos sistemas procesales, lo que lleva a la ralentización de la afectividad y cumplimiento de las resoluciones, además de posibles violaciones de derechos y libertades fundamentales, consagrados de manera uniforme en instrumentos vigentes en estos países, tales como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

II. En relación con la Orden europea de detención y entrega podemos afirmar que supone el primer exponente del principio de reconocimiento mutuo y en este sentido constituye la base de los posteriores desarrollos en la materia que nos ocupa; de esta forma la idea principal que debemos extraer de la mencionada OEDE es la superación de obstáculos que supone en relación con la extradición. Entre los factores que contribuyen a esta mejora técnica jurídica destacaríamos el monopolio jurisdiccional en virtud del cual todo el procedimiento viene determinado por la actuación judicial, en contraposición al importante componente político existente en la extradición que dificultaba la eficacia de esta institución.

No obstante, estos avances no son impeditivos para un mayor desarrollo del principio de reconocimiento mutuo ya que siguen existiendo trabas al mismo que debemos eliminar progresivamente como son el control de la doble incriminación y los supuestos de no entrega de nacionales que aún existen. Además, con esta medida no siempre se asegura la protección adecuada de los derechos y libertades fundamentales de la persona afectada, teniendo seriamente en cuenta que el objeto de esta Orden europea que hemos estudiado en primer lugar se engloba dentro de las medidas de privación de libertad, aunque sea de manera cautelar.

III. Respecto a las medidas innominadas es destacable el avance que ha tenido lugar en Europa con los objetivos de garantizar los derechos de la persona afectada por un proceso, la protección de la víctima y la eficacia del sistema de justicia. Sin embargo, para ser justos en dicha valoración debemos mencionar las enormes dificultades que conlleva el reconocimiento y la cooperación en un campo tan puramente estatal, en el cual se ponen de manifiesto las enormes diferencias existentes entre sistemas legislativos de los diferentes Estados miembros. Todo ello nos lleva a concluir que si bien el camino hacia un Espacio judicial común propiamente dicho no ha llegado a su fin, sí podemos plantearnos ya con conocimiento de causa las dificultades de su alcance, mientras no se lleve a cabo una mayor armonización e integración de los diversos sistemas penales. Lo que de momento dista mucho de poderse llevar a cabo pues nos encontramos en un área insigne dentro del núcleo duro de la soberanía estatal.

A pesar de la tendencia *legislativa* que desde sus inicios persigue la Unión Europea, que no es otra que la de la creación de un ente supranacional que englobe todas las entidades estatales para perseguir una finalidad común, actualmente y muy recientemente a raíz de las últimas elecciones al Parlamento Europeo se ha puesto de manifiesto que las voluntades políticas no son otras más que la tendencia hacia la disgregación y hacia la desunión, convirtiendo a la Unión Europea en un ente que en vez de aunar voluntades, lo que se está haciendo es favorecer solo intereses meramente nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGÜENA FANEGO, C., "Las medidas cautelares en la regulación de la orden europea de detención y entrega: especial consideración de la prisión provisional y sus alternativas y de la intervención de objetos y efectos del delito", en *La orden europea de detención y entrega* (Coord. MUÑOZ DE MORALES, M.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

ARANGÜENA FANEGO, C., "Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: La orden de protección", en *Derecho procesal en el Espacio Judicial Europeo* (Coord. J. MARTIN OSTOS), Atelier, Barcelona, 2013.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2007.

BUJOSA VADELL L.M., “Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2008.

BUJOSA VADELL, L.M. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Granada, 2008.

BUJOSA VADELL, L.M., “Sobre el principio de especialidad en la aplicación de la orden europea de detención y entrega. En torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008 (C-388/08)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 20, febrero, 2010.

DELGADO MARTÍN, J., “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº XIII, 2003.

FONSECA MORILLO, F., “La orden de detención y entrega europea”, *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm.14, 2003.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2006.

GÓMEZ SÁNCHEZ, J., “La orden europea de detención y entrega”, *Diario La Ley*, 2006.

GRANDE MARLASKA-GÓMEZ, F. y POZO PÉREZ, M. DEL. “La obtención de fuentes de prueba en la Unión Europea y su validez en el proceso penal español”, *Revista General de Derecho Europeo*, 24, 2011.

JIMENO BULNES, M., “La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales”, *Diario La Ley*, 2004.

MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “El Ministerio Fiscal en Europa, pautas de convergencia”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº III, 2002.

MUÑOZ DE MORALES, M. (Coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

ORTIZ VIDAL, M. D., “Espacio Judicial Europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derechos Transnacional*, Vol. 2, Nº1, marzo 2010.

POZO PÉREZ, M. DEL, "La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea, *Diario La Ley*, 2005.

POZO PÉREZ, M. DEL., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 6164, enero 2005.

LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO TUTELA ANTICIPATORIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO*

Semillero de Derecho Procesal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

*Gabriela Jesús Ali Arriaza, Miguel Chávez Gac
Begoña Alicia Escoda Armijo, Sebastián Andrés Fuentes Prince
Alexandra Basilea Guerra Estay, Ignacio Sebastián Henríquez Cortés
Daniela Herrera Busco, Cintia Muñoz Mateluna
Matías Valdés Lara, María Constanza Yagnam Jacob*

Director: Álvaro Javier Pérez Ragone

Resumen

La prisión preventiva es la medida cautelar personal más conocida dentro de un proceso penal y la más gravosa para con los derechos del imputado dentro del mismo, razón por la cual esta institución jurídica debe regularse minuciosamente y con mucho cuidado por parte del legislador, para que de esta manera se puedan evitar abusos y mermas injustificadas en las garantías del procedimiento de las que es titular dicho interviniente. Por esto es que debe existir una interpretación armónica y restrictiva de la aplicación de esta medida por ser el imputado peligroso para la seguridad de la sociedad, tema sobre el que trata el presente trabajo.

Palabras clave: prisión preventiva, presunción de inocencia, medidas cautelares, tutela anticipatoria, peligro para la sociedad.

Abstract

Preventive detention is the most known temporary measure inside a criminal prosecution and the burdensome to the accused's rights, which is the reason why this

* Este artículo es la base de la ponencia de investigación, presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre del 2014, en la ciudad de Cartagena.

institution must be thoroughly regulated by the law-maker, so we can avoid abuses and unjustified infringements to those rights. That is why an armonic and restrictive interpretation must exist in the application of this measure, for being the accused a danger to society, subject of this essay.

Keywords: preventive detention, presumption of innocence, precautionary measures, injuctions anticipatory, danger to society.

Introducción

Para nadie resulta un misterio que la regulación de la prisión preventiva es uno de los pilares fundamentales dentro la normativa procesal penal de cualquier Estado, ya que esta se caracteriza por ser la medida cautelar personal que implica una afectación más radical al derecho a la libertad personal¹ consagrado en el artículo 19 n° 7 de la Constitución Política de la República. Ésta puede ser definida como una medida cautelar personal, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento².

Cabe destacar que el proceso penal acusatorio que rige actualmente en Chile se encuentra informado por el llamado principio de presunción de inocencia, el cual hace cuestionable la existencia de esta medida, sin embargo, la mayoría de la doctrina acepta la procedencia de la misma siempre que las finalidades que se le atribuyan sean distintas a las propias de la pena. Así, BECCARIA señala que la custodia preventiva “no puede ser más que la necesaria para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”³.

Sin embargo, en la regulación chilena contemporánea de la prisión preventiva, el legislador ha optado por incluir un cuestionado supuesto de procedencia consistente en el peligro para la seguridad de la sociedad que puede implicar la libertad del imputado, siendo esta la hipótesis según el cual discurrirá el presente trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, se ha planteado que la utilización de la prisión preventiva en Chile basada en la causal señalada ha sido la de una verdadera medida cautelar de tipo anticipatoria, toda vez que se estaría usando como un verdadero instrumento de prevención especial en el imputado, por lo cual comenzaremos con una breve reseña acerca de las medidas cautelares y las anticipatorias en general, para después entrar de lleno en el citado problema.

¹ DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso penal*. Santiago. 2007. p. 276.

² HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*, II. Santiago. 2002. p. 389.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. De Perfecto Andrés Ibañez y otros. Madrid. 1995. p. 522.

Medidas cautelares en general y anticipatorias en particular

En el contexto de un Estado de Derecho, la tutela judicial de los derechos de las persona radica en quien ejerce la función jurisdiccional, particularmente en los tribunales de justicia. Así, son estos los encargados de hacer efectiva la garantía del debido y justo proceso, la cual se caracteriza por establecer elementos mínimos que deben seguirse en aquel para ser considerado legítimo en su resultado.

Constituye una aseveración usualmente no discutida en la dogmática que la existencia de un proceso y todos los elementos que lo componen traen necesariamente aparejado tiempo. El que transcurre entre el momento en que se hace operar al órgano jurisdiccional, acudiendo a él, ejerciendo el derecho de acción por un particular, hasta el resultado del mismo, con una sentencia dictada por un tribunal con el objeto de pronunciarse acerca de la controversia llevada a su conocimiento. Dicha cognición no puede sino ser la necesaria para llevar a cabo la secuencia de actos que se desprenden de la idea de un procedimiento justo y racional.

Es en lo anterior en que se enmarca la tutela cautelar, siendo un instrumento que responde a la inherente demora que tiene como consecuencia el inicio, desarrollo y conclusión de un procedimiento llevado ante el órgano jurisdiccional. Es el necesario para que las afirmaciones de las partes puedan ser probadas y, en definitiva, lograr la convicción del juzgador al momento de resolver. Lo anterior resulta paradójico toda vez que dicha extensión temporal forma parte también del contenido mínimo de la garantía, legitimando el asunto sometido a su conocimiento⁴. Paradójico pues el peligro ante la posible ineficacia de la resolución de la controversia es lo que justifica la existencia de esta tutela.

En una versión tradicional de tutela cautelar, se conceptualiza como aquella destinada a asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material⁵. También se la ha entendido como un instrumento de tutela dispuesto por el legislador para que el juez pueda luchar más eficientemente contra el tiempo⁶.

En la misma línea, serían aquellas pertenecientes al género de las tutelas de urgencia o cogniciones sumarias cuya finalidad es evitar que la duración de la cognición normal haga ineficientes las tutelas (declarativas o ejecutivas) a las que está subordinada la cautelar⁷.

⁴ Marín González, J., Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, 8, 2006. p.14.

⁵ Marinoni, Luiz. *Tutelas Urgentes y Tutelas Preventivas*. Lima. 2010. p. 33.

⁶ Carnelutti, Francesco. *Derecho y Proceso*. Buenos Aires. 1971. pp. 412 y ss.

⁷ BORDALÍ SALAMANCA, A. Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil. En: *Revista de Derecho*, 12. 2001. p.53.

Teniendo en cuenta lo anterior, la tutela se materializará en ciertas providencias que puede solicitar una parte en un procedimiento determinado, aun cuando no tenga un derecho indiscutido, pero si una pretensión asegurable por las medidas de esta índole.

A dichas medidas se le reconocen tradicionalmente ciertos presupuestos para su concesión, conceptos creados por la doctrina italiana⁸: el *periculum in mora y fumus boni iuris*. El primero dice relación con los riesgos de la duración temporal del pleito. Se mencionaba anteriormente que está a la base de la concepción de la tutela cautelar la necesaria demora que implica el íter del proceso. Además, dependiendo de la función que desempeñe la medida solicitada al tribunal, se puede distinguir entre *peligro de infructuosidad*, cuando el riesgo es relativo a los efectos o provecho de la decisión o *peligro de tardanza*, cuando es referido a su utilidad práctica. Por otro lado, el segundo presupuesto ha sido entendido por esta doctrina como veracidad de la pretensión de quien la solicita, limitándose la cognición cautelar a un juicio de probabilidad y verosimilitud⁹. Además, cabe destacar que en el derecho chileno la eventual exigencia de caución o contracautela y de proporcionalidad son también presupuestos para la concesión de medidas cautelares.

En síntesis, encuentran su fundamento último en permitir que la sentencia que dictará el juez, referida a la tutela de un determinado derecho subjetivo o interés legítimo de una persona, pueda cumplirse en sus términos y no se haga ilusoria, consecuencia de acontecimientos o hechos que puedan darse en la razonable demora del proceso.

Es por ello que una debida protección de los derechos e intereses de las personas y en consecuencia, de la utilización de estas medidas, depende de un control urgente del tiempo por parte del juez. Ello con diversos objetos, ya para impedir un cambio posible de una situación, eliminar el cambio ya ocurrido o bien anticipar el cambio probable o posible de una situación. En el primer caso se juega con la detención, en el segundo la retrocesión y en el tercero la aceleración del tiempo¹⁰. Dicho juicio, lo hará analizando la concurrencia de los presupuestos mencionados anteriormente. Es de suma importancia que la concesión sea previo examen de proporcionalidad de la medida ante la solicitud realizada al juez.

Lo anterior, pues las medidas cautelares no son autónomas, sino que –siguiendo su visión tradicional- son de carácter instrumental. Es dicha instrumentalidad la que las diferencia de otras tutelas, como la autosatisfactiva. No son fines en sí mismas, sino que se encuentran subordinadas a un juicio principal, a un posterior pronunciamiento definitivo, al cual aseguran preventivamente su provecho o utilidad¹¹. Con todo, asegurarían la eficacia práctica de la providencia definitiva pronunciada en el proceso

⁸ CALMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Sentis Melendo. Buenos Aires. 1945. p. 56.

⁹ CALAMANDREI, ob. cit. (8). p. 77.

¹⁰ BORDALÍ SALAMANCA, A., ob. cit. (7). p. 53.

¹¹ CALAMANDREI, ob. cit. (8). p. 71 y ss.

sobre el mérito y en esa relación instrumental, se mencionan no sólo las medidas que intentan asegurar, sino también las que buscan anticipación de la decisión¹².

Hablar de tutela anticipatoria es desviar la óptica en la mirada tradicional de las medidas cautelares, requiriendo estas de una mención especial para ser diferenciadas. Se entienden como modalidades de las tutelas de urgencia, género más amplio que el cautelar, ergo, distintas¹³. La clave está en distinguir la presencia de cautelaridad en el objeto de la medida requerida. PÉREZ RAGONE las distingue señalando que, si bien ambas pertenecen al género de tutelas de urgencia, son en sí entidades diferentes. Una medida de tinte cautelar tiende a asegurar la eficacia útil de una resolución venidera, no anticipa directa y sustancialmente el efecto de esa resolución, como lo hacen este tipo de medidas¹⁴.

Entender qué la tutela anticipatoria es fundamental en este trabajo pues en los apartados siguientes se tratará de una medida en específico que, según nosotros, reviste tal carácter. Sin embargo, antes de entrar en ese análisis es preciso que en el presente título nos refiramos qué se ha entendido por estas.

ABRAHAM explica que son tutelas diferenciadas de urgencia que con base a una cognición sumaria y completados los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material¹⁵.

A su vez, MARINONI las conceptualiza como aquella que es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización- y no su seguridad- mediante una cognición sumaria o verosimilitud. Para este autor, no tiene un contenido distinto al de la tutela final y la única diferencia que percibe es que no se encuentra protegida por la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada material.

En conclusión, los tipos de medidas tratadas en este apartado, se diferenciarían en cuanto a su objeto o fin, siendo distinguible la finalidad asegurativa o conservativa de las medidas cautelares y la anticipatoria. Serían dos cosas distintas el proteger el proceso principal y el realizar, aunque provisoriamente, la pretensión contenida en este. En una medida de este tipo, se produce la satisfacción, en todo o en parte, de la propia tutela postulada en la acción de conocimiento¹⁶.

¹² BORDALÍ, ob. cit. (7). p. 54.

¹³ PEYRANO, J.W., *Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticias sobre las medidas autosatisfactivas*. 1997. pp. 607 y ss.

¹⁴ Pérez Ragone, A., *Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria en Revista de Derecho Procesal Dirigida a Iberoamérica*. 2010. pp. 172 y ss.

¹⁵ VARGAS, A.L. *Estudios de Derecho Procesal*. Mendoza. 1999. pp 50-51.

¹⁶ GUSMAO CARNEIR, A. *Da Antecipacao da tutela no processo civil*. Río de Janeiro. 1998. pp.6-7.

Es en contexto anterior que nos referiremos a una medida que, doctrinariamente, se le clasifica de cautelar: la prisión preventiva en el proceso penal. Sin perjuicio del análisis que se haga posteriormente de ella, cabe mencionar que en el proceso penal, suele distinguirse entre las medidas cautelares personales y medidas cautelares reales.

La prisión preventiva se encuentra dentro de las primeras y la consideramos como el objeto especial de análisis, por ser causa del punto de tensión más crítico en el debate acerca del fundamento de estas medidas, particularmente en el proceso penal. Ello, pues dicha medida supone la afectación del derecho a la libertad personal, no distinguiéndose de la que produce la pena privativa de libertad, como posible contenido de la sentencia futura del proceso llevado a cabo¹⁷.

La prisión preventiva y el peligro para la seguridad de la sociedad

Evolución histórica de la Prisión Preventiva

Para poder sostener a partir de nuestra regulación en el Código Procesal Penal, que la prisión preventiva, en tanto tutela de urgencia, puede ser utilizada como medida anticipatoria, hay que detenernos en un análisis sobre la evolución histórica que ha experimentado esta institución. Partiendo desde el nacimiento de su concepción actual, pasando por la consagración en nuestro ordenamiento jurídico en el antiguo modelo inquisitivo y su regulación a nivel constitucional. Para así terminar con su recogimiento en el actual Código Procesal Penal y las modificaciones que han sufrido las normas pertinentes desde la dictación del éste hasta hoy en día

Actualmente suele situarse la raigambre de los sistemas acusatorios a fines del siglo XVIII, principalmente con la dictación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1879. Además, con la consagración de la presunción de inocencia como idea fundamental dentro de un proceso penal, idea que en una primera mirada sería incompatible con la postura de encarcelar a una persona durante el desarrollo del proceso mientras no sea declarada culpable. Sin embargo, en la misma Declaración se consagraba la posibilidad que en casos de extrema necesidad se procediera a detenerle a una persona sometida a proceso. El fundamento de ésta se encontraba en que si dicha medida llegaba a ser aplicada, debía serlo siempre y en todo caso respetando la presunción de inocencia, principio que era entendido como un trato no idéntico a un declarado culpable ni con las finalidades que persigue la pena¹⁸. De esta manera, ya podemos perfilar de cierta manera la estructura de la medida cautelar en comento.

En nuestro ordenamiento jurídico, la prisión preventiva ya se encontraba consagrada en el antiguo Código de Procedimiento Penal, en el cual, si bien en el último cuarto del siglo XX tendió a modernizarse como exigencias de tratados internacionales suscritos por nuestro país¹⁹, su estructura inquisitiva era incompatible con las ideas expuestas

¹⁷ HORVITZ, M. y MASLE, J. ob. cit. (2). p. 389.

¹⁸ DEI VECCHI, Diego. Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *En: Revista de derecho* 26. 2013, 2. pp. 189-217.

¹⁹ DUCE MARIO, Riego Cristian. *Prisión preventiva y nueva justicia penal en Chile: evaluación del impacto de la reforma procesal penal y de sus cambios posteriores*. 2010. p. 3. Disponible en:

anteriormente. Ello toda vez que no estaba consagrada la presunción de inocencia y se establecía a esta medida cautelar como regla general, siendo la excepción la llamada libertad provisional. Empero, en lo que respecta a las causales de procedencia, ya en este sistema y desde el año 1978 se introdujo la noción de peligro para la sociedad, la cual hasta el año 1991 debía entenderse por disposición legal como peligro de fuga o peligro de reiteración por parte del procesado²⁰.

A nivel constitucional, se consagra la prisión preventiva en la Carta Fundamental del año 1980, con su antecedente inmediato en el Acta Constitucional n° 3, estando regulada actualmente en el artículo 19 n° 7 letra “e” de nuestra Constitución. Regulación que gira en base a tres supuestos esenciales: la necesidad de asegurar fines propios del procedimiento, el peligro para la seguridad del ofendido que pudiera implicar la libertad del imputado y el peligro para la seguridad de la sociedad en la misma hipótesis²¹. Esta última causal es la más controvertida y la que es objeto de discusión por su ambigüedad y falta de contenido claro. Además de no sujetarse a las exigencias de racionalidad y justificación ética que toda norma jurídica debe cumplir cuando es limitativa de derechos del individuo, y más, cuando supone un compromiso sustantivo con la calidad de ciudadano del sujeto en cuestión, del privado de libertad²². En el sistema actual recogido en el Código Procesal Penal se busca modificar en materia de medidas cautelares la situación que se venía dando con la vigencia del antiguo proceso, es decir, establecer las doctrinas propias de un sistema acusatorio y del principio de presunción de inocencia reflejados en la excepcionalidad de éstas. En especial de la prisión preventiva, y la idea de dicha medida en particular como última ratio dentro del proceso y respecto de las demás²³. En particular, dichos cambios se demuestran principalmente en que ahora la prisión preventiva no es una medida que opera de pleno derecho por el solo hecho de someter a proceso a una persona, sino que será la excepción. Por lo cual deberá ser solicitada por el ente persecutor al juez de garantía, sólo una vez formalizada la investigación, teniendo además la carga de probar los supuestos legales de procedencia de la medida en cuestión.

En su redacción original, el Código recogía esta postura más liberal que buscaba un respeto casi irrestricto de los derechos del imputado dentro del proceso, estableciendo de manera expresa el principio de proporcionalidad como requisito para aplicar esta medida y casos bastante precisos en los cuales no procedería la prisión preventiva en el

http://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/MODULO_IV/Panel01_Seguridad_Ciudadana/Mauricio_Duce_y_Cristian_Riego_Presion_preventiva_y_nueva_justicia_penal_%20en_Chile.pdf

²⁰ El artículo 363 del Código de Procedimiento Penal rezaba de la siguiente manera: “No se concederá la libertad provisional al detenido o preso, cuando la detención o prisión sea considerada por el juez, en resolución someramente fundada, como necesaria (...) c) para la seguridad de la sociedad, por haber antecedentes graves de que tratará de eludir la acción de la justicia o continuará su acción delictiva”

²¹ DUCE, M. y RIEGO, C., ob. cit. (19), p. 3.

²² GALLEGO SAADE, Javier. *Fundamento moral del supuesto de peligrosidad de la prisión preventiva*, pp. 5-6. Disponible en: http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Javier-Gallego_1252890133.pdf accedido el 29 de junio de 2014.

²³ Dicha excepcionalidad y consideración de última ratio podemos fundamentarla legalmente también a partir del artículo 5 inciso 2° del Código, el cual señala que “las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades, serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”

artículo 141. Especialmente señalando que no podría decretarse ésta cuando el delito no estuviere sancionado con una pena privativa o restrictiva de libertad superior a la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, es decir, si la pena no fuera mayor a 540 días.

Empero, la evolución histórica que puede sufrir una institución como la comentada en una sociedad como la nuestra es bastante particular. Puesto que podemos pasar desde períodos caracterizados por una gran represión de la delincuencia hacia otros de una gran tendencia liberal, para posteriormente volver a la primera tendencia. De manera tal que estamos frente a una evolución cíclica de la prisión preventiva²⁴.

Ahora bien, sobre el particular debemos señalar que la ya citada norma constitucional señala en la parte final de su inciso 1° que será la ley la encargada de regular y establecer los requisitos y modalidades para obtenerla. En consecuencia, el Código Procesal Penal contiene una amplia regulación sobre la prisión preventiva en el Párrafo 4° del Título V del Libro I, en los artículos 139 y siguientes. Dicha regulación comienza con una reiteración de los supuestos que contiene la norma reseñada de la Carta Fundamental, para recoger enseguida en el artículo 140 los requisitos particulares para decretar esta medida, en especial en su letra “c”, el muy cuestionado peligro para la seguridad de la sociedad.

Esta regulación ha sido objeto de diversas modificaciones desde la dictación y entrada en vigencia del Código del ramo. El texto original del artículo 139 rezaba que “*la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento*”, redacción que fue modificada por la ley 20.074 por la siguiente: “*La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad*”. Hecha esta modificación, se incluye a nivel legal, al igual que como lo recoge el texto constitucional, que el peligro para la seguridad del ofendido o de la sociedad es algo diverso a los fines del procedimiento, y a partir de la cual se interpretó por mucho tiempo tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia que la segunda hipótesis mencionada significaba la posibilidad de un eventual peligro de fuga por parte del imputado.

También, dicha ley modificó el artículo 141 del Código referente a causales de improcedencia de la prisión preventiva, eliminando el límite temporal de la pena que existía. Este impedía decretarla cuando ésta fuera menor a 540 días, restringiendo dicho supuesto de improcedencia sólo a los casos en que los delitos estuvieran sancionados únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos.

²⁴ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Ley 20.253 Agenda corta antidelincuencia*. Santiago. 2008. p. 148.

Posteriormente, la ley 20.253 del año 2008 conocida como “agenda corta antidelincuencia”, introduce una importante modificación en materia de prisión preventiva, ya que modifica el artículo 140 letra “c” del Código, que señalaba que el juez podrá decretar la prisión preventiva cuando existieren “*antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido*”²⁵, incorporando inmediatamente después de la frase citada la expresión “*o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga...*”, de manera tal que con dicho cambio, el legislador hizo imposible seguir sosteniendo la interpretación que trataba de armonizar el concepto de peligro para la sociedad con las garantías fundamentales identificándolo con el peligro de fuga, toda vez que con esta ley queda de manifiesto que para éste, aquel peligro de fuga es algo totalmente distinto del peligro para la seguridad de la sociedad.

Con esta última modificación legal quedamos en la fatal interrogante de qué es lo que debemos entender por peligro para la seguridad de la sociedad, cuestión que pasaremos a desarrollar a continuación.

Peligro para la seguridad de la sociedad como tutela anticipatoria.

Para comenzar este acápite debemos señalar que para poder regular sistemáticamente las medidas cautelares en materia penal, se trasladan las nociones propias de esta materia que contiene el derecho procesal civil. Es decir, debe existir por una parte un supuesto material o *fumus bonis iuris*, y por otra la necesidad de cautela o *periculum in mora*. Dichas ideas se traspolan al proceso penal dotándolas de significado propio a la luz del distinto contexto que implica éste respecto del civil. Así el supuesto material, llamado aquí *fumus comissi delicti* implica una alta probabilidad de que el hecho punible haya existido y que el imputado haya tenido participación en él. Por otro lado, la necesidad de cautela o *periculum libertatis* se traduce en la probabilidad de frustración de los fines del proceso como contrafáctico del estado de libertad del acusado²⁶, es decir, que el imputado libre pudiera mediante sus actos frustrar dichos fines. Dicho esto, queda de manifiesto que la prisión preventiva sólo debe decretarse, en teoría, en vistas a fines propios del procedimiento; postura que se encuentra recogida en tratados internacionales, los cuales no hacen referencia alguna a un peligro para la seguridad de la sociedad o peligro de reiteración.

Aclarado lo anterior debemos preguntarnos entonces ¿qué significa para el legislador que la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad de la sociedad? Una primera respuesta y casi instintiva que se puede esbozar al respecto es la referencia a una seguridad abstracta, una seguridad sobre determinados valores que se estimen indispensables para la sociedad. Esta posición debe descartarse de plano, no podemos

²⁵ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *Código procesal penal, comentarios, concordancias y jurisprudencia*. Santiago. 2006. p. 163.

²⁶ DEI, D., ob. cit. (18).

sostener que se refiera a este tipo de seguridad “en cuanto significa proteger las bases fundamentales del orden jurídico de la nación; ni a los valores que en esas bases se sustentan; ni se trata de la seguridad en cuanto defiende el bien común, porque si se entendiere así, todos los delitos harían procedente la prisión preventiva ya que de una u otra manera implican la violación de valores sociales y conducen a un daño social”²⁷. Desechada la interpretación precedente, podemos plantear otra a partir de las hipótesis que contemplan los incisos 3° y 4° del artículo 140 del Código Procesal penal, dentro de las cuales se encuentran como criterios orientadores para determinar la existencia de peligro para la sociedad la gravedad de la pena asignada al delito, número de delitos que se le imputaren y el carácter de los mismos, existencia de procesos pendientes y en particular la referencia a la existencia de condenas anteriores o el hecho de encontrarse el imputado cumpliendo una medida cautelar personal, en libertad provisional o en cumplimiento de alguna de las llamadas penas sustitutivas contempladas en la ley.

Dicho esto, debemos concluir ineludiblemente que lo que el legislador tiene en mente como peligroso para la seguridad de la sociedad es la posibilidad verdadera de reincidencia por parte del imputado, situación que atenta a todas luces contra la presunción de inocencia reconocida tanto a nivel legal como constitucional y en tratados internacionales ratificados por nuestro país. Esta interpretación se ve reforzada a un más con la evolución histórica que ha tenido la institución de la prisión preventiva desarrollada en el acápite anterior, principalmente con las modificaciones que ha sufrido la norma en comento del Código que regula actualmente nuestro proceso penal.

Este peligro de reiteración que tiene en mente el legislador, es decir, aquel consistente en evitar que el imputado cometa delitos durante el desarrollo del proceso, como se señaló, no puede entenderse dentro de los fines del procedimiento²⁸. Ni menos aún como parte del objeto del proceso, por lo que el objetivo perseguido con la aplicación de esta medida bajo esta causal no es nada más ni nada menos que una finalidad preventivo especial centrada en el imputado, la cual vulnera abiertamente el casi sagrado principio de presunción de inocencia²⁹. Resulta entonces forzoso colegir que lo que se busca en la práctica con la actual tipificación y regulación que ostenta la prisión preventiva es una verdadera anticipación de la pena.

²⁷ RABI GONZÁLEZ, Roberto. *La prisión preventiva fundada en el peligro para la sociedad frente al estado de derecho*. 2005. Disponible en: <http://www.sepiensa.net/edicion/index.php?option=content&task=view&id=587&Itemid=40> accedido el 29 de julio de 2014.

²⁸ Esta situación es palmaria, toda vez que tanto en la Constitución como en el Código respectivo se contempla la causal en discusión como una distinta de los fines del procedimiento, de manera que queda de manifiesto la intención y voluntad del legislador en este sentido.

²⁹ SEREY TORRES, Gonzalo Álvaro. Una Libertad Procesal: Análisis y Proposición Constitucional (un "aproach" de la libertad provisional en torno al nuevo proceso penal). *En: Ius et Praxis* 7. 2001- 2. pp. 273-283.

Este uso que se le da a la prisión preventiva como una verdadera medida cautelar anticipatoria puede encontrar su explicación, o al menos uno de sus fundamentos, en la siempre existente pugna entre la tendencia hacia un mayor aseguramiento de los derechos y garantías fundamentales de los que es titular el imputado y la tendencia a la eficiencia de la persecución penal. De manera que en este caso se puede apreciar claramente una inclinación del legislador por la segunda opción, ampliando los márgenes para que esta medida sea procedente dentro del proceso.

Cabe destacar a modo de crítica que si la finalidad buscada por el legislador es evitar la posible reiteración de delitos por parte del imputado, si bien existe una regulación detallada sobre la ejecución de esta medida tendiendo a evitar la desocialización de éste, el lugar en que debe cumplirse la misma “lejos de ser un lugar donde no se delinque, es uno de los sitios en que proliferan los más graves delitos, tales como violaciones, tráfico de drogas, homicidios, robos, etc. Si el imputado tiene tendencia a delinquir, allí podrá continuar haciéndolo perfectamente, realizando nuevos contactos, perfeccionando sus técnicas y adquiriendo nuevos vicios que en nada ayudan a los fines correctivos que la medida persigue”³⁰.

Como consecuencia de esta utilización de la medida como una cautelar anticipatoria contrariando los pilares fundamentales del proceso penal, es que debemos establecer algunos límites a la misma para poder controlar su aplicación, lo que procederemos a analizar en el acápite siguiente.

Límites a la aplicación del supuesto peligrosidad a la sociedad en el Código Procesal Penal chileno.

Antes que todo, es menester traer a colación que el principal argumento que justifica la posibilidad de entender el peligro a la sociedad como medida anticipatoria, recae en la consagración expresa del peligro de fuga en la legislación chilena tal como lo analizamos en el acápite anterior. En paralelo a la discusión sobre si existen fines no punitivos de la prisión preventiva, debemos preguntarnos si los límites que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia han configurado para este supuesto dejan que efectivamente se aplique como anticipación de la pena o no.

Para un análisis más organizado de los distintos límites que concurren a la hora de aplicar la prisión preventiva, dividiremos este punto en dos niveles. En primer lugar corresponderá analizar la consagración normativa del Código Procesal Penal chileno, verificando si se encuentra o no de acuerdo a los estándares exigidos internacionalmente y a nivel constitucional. Luego haremos mención a la doctrina mayoritaria nacional, cuya posición ha adoptado la jurisprudencia.

³⁰ RABI GONZÁLEZ, ob. cit. (27).

Límites de aplicación del supuesto peligrosidad a la sociedad en el Código Procesal Penal.

A nivel legal los alcances a la aplicación de la prisión preventiva son más evidentes, puesto que se encuentran mucho más sistematizados que en el cuerpo constitucional, como es propio de todo texto legal. Así en el artículo 140 del código chileno, donde se consagra esta medida cautelar personal, se establecen una serie de requisitos y consideraciones a tener en mente, como ya se ha mencionado con anterioridad. Con todo, resulta necesario revisar detalladamente el inciso tercero y cuarto, cuyo contenido resulta importante en el juicio de probabilidad que debe efectuar el juez cuando han solicitado la medida.

(Inciso Tercero) Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

En virtud del contenido abstracto y un tanto enigmático que conlleva el peligro de la sociedad, el legislador chileno buscó otorgar ciertas pautas para el tribunal a la hora de fundar sus resoluciones en relación a la prisión preventiva. Resulta menester destacar que en este inciso se realza la facultad que tiene el juez para ponderar la admisión o no de la medida, lo que se manifiesta “deberá considerar”. A partir de la lectura del mismo, podemos concluir que un primer límite para el supuesto de peligrosidad social se encuentra en la gravedad y cantidad de delitos imputados, la existencia de procesos penales pendientes y la actuación en grupo o pandilla.

(Inciso Cuarto) Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o cumpliendo alguna de las penas sustitutivas a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley.

En este inciso, el legislador mandata al juez a aplicar la prisión preventiva al utilizar la expresión “se entenderá”. Volviéndose procedente siempre que el delito contenga pena de crimen, haya reincidencia o en caso de vulneración a otras medidas cautelares personales y penas sustitutivas que se puedan dictar en beneficio del imputado. Queda en evidencia que más que limitar el supuesto de peligrosidad, se amplía su aplicación al volver más estrecho el parámetro facultativo estatuido en el inciso tercero.

A partir de las causales que estatuyen esta obligatoriedad en la procedencia de la prisión preventiva, podemos evidenciar que la finalidad del legislador fue prevenir la

reiteración de conductas ilícitas que podrían seguir afectando el interés social. Sin embargo, es justamente esto lo que resulta precisamente criticable desde una mirada sustantiva, ya que desplaza los fines preventivos de la pena hacia un momento anterior en contravención al derecho a un juicio previo, el debido proceso y el principio de inocencia, como ya se ha mencionado durante el desarrollo de este trabajo. ORTIZ DÍAZ señala que se le ha dado una doble responsabilidad al juez; “primero, la que realmente les compete que es juzgar, y segundo, se le ha encomendado a través de esto, ser quienes garanticen la seguridad ciudadana pero de manera anticipada”³¹. Aceptar que la prisión preventiva se vuelve, en este punto, un mecanismo de control social resultaría aceptar su carácter de medida anticipatoria.

Por otro lado, resulta necesario analizar los supuestos de improcedencia contemplados en el artículo 141 del Código Procesal Penal, ya que son manifestación del principio de proporcionalidad que rige a las medidas cautelares –expresamente consagrado, este último, en el artículo 5° inciso 2° del mismo código³². Nuestro legislador consagra tres casos en que no debiese dictarse la prisión preventiva:

Cuando el delito imputado estuviera sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos.

Es interesante que no se manifieste sobre las faltas que contemplan pena de prisión, refiriéndose estrictamente a delitos que no priven o restrinjan de libertad al imputado. Sin embargo, aplicando el principio de proporcionalidad se solucionaría esta cuestión, toda vez que la gravedad de las faltas no justificaría la procedencia de esta medida cautelar personal de ultima ratio. Esto se puede deducir a partir del artículo 5°, ya mencionado y el artículo 139 del Código Procesal Penal chileno.

Cuando se tratare de delitos de acción privada, y

Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad.

Esta letra es manifestación de la instrumentalidad propia de toda medida cautelar, ya que todos sus fines se estarían cumpliendo con la pena efectiva. Lo que es confirmado por la contra excepción que contempla a continuación, señalando que es posible

³¹ ORTIZ DÍAZ, Cristian. *Sobre prisión preventiva, y relación con el supuesto de peligrosidad. Análisis contemporáneo, soluciones y consideraciones, del supuesto de peligrosidad*, página 9. Disponible en: http://www.lexweb.cl/media/users/10/523213/files/49917/Sobre_prisi_n_preventiva.pdf accedido en 24 de junio de 2014.

³² Artículo 5°. Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalada por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.

aplicar la prisión preventiva en caso de que la pena fuese a cesar en su cumplimiento y el fiscal o querellante la consideraren necesaria.

Sin embargo, el inciso segundo del artículo vuelve relativa la aplicación de sus supuestos, al señalar que *“Podrá en todo caso decretarse la prisión preventiva previstos en el inciso anterior, cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en Párrafo 6° de este Título o cuando el tribunal considerare que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento...”*. En definitiva, establece que aun cuando no proceda la prisión preventiva, podrá decretarse ante el incumplimiento de medidas cautelares personales de menor entidad y para asegurar alguna etapa del procedimiento.

Pareciera ser que el legislador chileno, efectivamente, ha intentado consagrar la prisión preventiva como una medida de control social. Esto es, a todas luces, atentatorio contra el propio sistema acusatorio consagrado en nuestro ordenamiento.

La situación a nivel doctrinal y jurisprudencial.

La posibilidad de concebir la prisión preventiva como una medida anticipatoria ha sido tratada por la doctrina, implícitamente, en la problemática del fundamento del supuesto de peligrosidad a la sociedad. En efecto, a raíz de tratarse de una causal no contemplada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en la Convención Interamericana de Derechos Humanos; los autores han planteado la posibilidad de que este fundamento del peligro en la demora sea un verdadero instrumento de control social reconocido al juez. Sin embargo, vale anticipar que la doctrina chilena se ha esmerado en encontrar una interpretación armónica de este supuesto con la normativa supra legal, especialmente la internacional, esfuerzos que se vieron reflejados en la interpretación que se hacía de esta disposición antes ley 20.053. Con todo, hoy en día resulta bastante cuestionable el contenido de la causal, toda vez que no se adhiere a las finalidades propias de una medida cautelar y claramente no se refiere al peligro de fuga. FERRAJOLI incentiva la idea de que este supuesto se consolida como un “instrumento de prevención y defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos”³³. HORVITZ Y LÓPEZ, por su parte, señalan que este supuesto podría leerse como equivalente a un peligro de reincidencia. Expresamente señalan que “admitir que nuestro CPP reconoce como peligro para la seguridad de la sociedad, entendido como peligro de reincidencia y como necesidad de defensa social no es, entonces, más que una necesidad descriptiva. Ella constituye el punto de partida para dejar en evidencia que tal reconocimiento está en absoluta contradicción con los tratados internacionales ratificados por Chile y que representa un instrumento de control social ilegítimo, en cuanto nos aproxima a un derecho penal de autor y no de acto”³⁴.

³³ FERRAJOLI, ob. cit. (3), p. 553

³⁴ HORVITZ, M. y MASLE, J., ob. cit. (2), p. 416.

La jurisprudencia, por su parte, se ha manifestado a favor de la doctrina que concibe la prisión preventiva como una medida con fines diversos a los de la pena. A su vez, en sus diversos fallos ha intentado conciliar la contradicción de este supuesto con la normativa internacional, especialmente porque los jueces están mandatados legalmente a utilizar esta medida en algunos casos. Así, podemos destacar los siguientes fallos de diversas Cortes a lo largo del país, estableciendo puntos interesantes en relación a la prisión preventiva:

Que, la prisión preventiva tiene por objetivo principal cautelar a la persona del imputado mientras se desarrolla la investigación y hasta que se cumplan sus objetivos pudiendo extenderse hasta el Juicio Oral si ello se estima necesario o revestido de fundamento plausible. La prisión preventiva no tiene por objeto anticipar el cumplimiento de una condena, sino que simplemente constituye una medida conservadora o de cautela de aquellos intereses que resultan superiores dentro de la investigación de un delito y que autoriza la restricción de ciertas garantías constitucionales con miras a la prosecución de un fin superior (Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia rol n° 1548-2013, Considerando cuarto).

Que nuestra Constitución establece, como Bases de la Institucionalidad, que el Estado está al servicio de la persona humana (artículo 1°, inciso 4°) a quien se le asegura el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, salvo que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad (artículo 19, N° 7, letra e), lo que se encuentra en armonía con el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y especial con el artículo 9, N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que indica que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o a cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.", normas que son de aplicación obligatoria por reenvío del artículo 5°, inciso 2° del referido texto Constitucional. En consonancia con lo anterior, nuestro sistema normativo regula en el artículo 139 del Código Procesal Penal, que la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad. Por consiguiente, la prisión preventiva es una medida de última ratio, cuando las otras cautelares señaladas en el artículo 155 no sean adecuadas para los fines antes indicados (Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia rol n° 39-2013, Considerando tercero).

"...luego en lo que se refiere a los motivos en virtud de los cuales la ley permite mantener una prisión preventiva es evidente que en el debate que aquí se realizó hay uno que está involucrado que se refiere al peligro para la seguridad de la sociedad que pudiera representar la eventual libertad, o mejor dicho, la circunstancia de

eventualmente dejarse sin efecto la prisión preventiva de los imputados que pudiera representar ello un peligro para la seguridad de la sociedad.

Sobre eso, todos ustedes saben la ley señala algunos parámetros y se pone el énfasis en éstos.

Son parámetros, son lineamientos, no son requisitos como que si esta Corte estuviera obligada a considerarlos en el sentido que si son concurrentes, entonces la resolución o decisión automáticas debiera ser mantener la prisión preventiva.

Son lineamientos y no podría ser de otra manera, de lo contrario, como también se dijo en esta audiencia, determinaría que habría un determinado de delitos que son inexcusables, lo que no concilia con los mandatos y los derechos que la propia Constitución Política de la República reconoce a todas las personas (Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia rol n° 966-2012).

Es posible apreciar, del tenor de los fallos citados, que el juzgador ha tomado partida por una interpretación sistemática de la prisión preventiva, en miras de conciliar el supuesto de peligrosidad analizado con los derechos fundamentales de las personas. Esta visión consolidada en las Cortes de Apelaciones chilenas, ha venido a palear la posibilidad de entender a la prisión preventiva como una anticipación de la pena, aunque resulta teóricamente complicado encontrar un fundamento a la medida que diste de dicho fin.

Conclusión

Creemos que ha quedado en evidencia la posibilidad de concebir el supuesto de peligro a la sociedad en la prisión preventiva como tutela anticipatoria, toda vez que esta satisfaría prematuramente al requirente, incluso antes de la dictación de una sentencia definitiva. Es precisamente el contenido enigmático de esta causal peligrosista lo que permite sostener esta interpretación, aún cuando reconocemos que desde una perspectiva sustantiva es completamente cuestionable por ir en contra de una serie de garantías procesales fundamentales. Sin embargo, la dictación de la ley 20.053 que consagra la hipótesis del peligro de fuga y estatuye criterios de reincidencia como pautas para el juez a la hora de aplicar la medida; no vienen sino a corroborar que el legislador ha intentado adelantar los efectos de la pena en lo que se resuelve la efectividad de la misma.

Por otro lado, los esfuerzos de la doctrina mayoritaria por defender la concepción cautelar de la prisión preventiva no puede desmerecerse, puesto que velan por mantener a raya las consecuencias materiales que derivarían de la aplicación anticipada de la prisión. En efecto, como hemos señalado en el trabajo, algunos autores reconocen el carácter de control social que reviste a esta medida cautelar personal. No debemos confundir, en todo caso, este reconocimiento descriptivo o terminológico de

la tutela anticipada; con la creencia de que es necesario que así se consagre y se aplique. Dentro de los marcos de un sistema acusatorio, donde la tensión entre las garantías frente a la eficacia del sistema es indiscutible, los autores han resaltado la contradicción en que cae el legislador frente a las fuentes normativas de rango superior. Es en esta misma línea que se consolidó la jurisprudencia, aplicando la prisión preventiva como medida de ultima ratio y siendo especialmente restrictiva a la hora de tratar con casos fundamentados en el peligro a la sociedad, admitiendo dicho argumento cuando las circunstancias concretas de la investigación y el procedimiento llevan a considerarla necesaria.

En definitiva, concebir el supuesto de peligrosidad social de la prisión preventiva como tutela anticipada es perfectamente posible, pero no por ello correcto. Coincidimos con la opinión jurisprudencial y doctrinaria en cuanto subyacen fundamentos cuestionables tras esta causal, específicamente contradictorios con los derechos internacionalmente reconocidos a las personas. Una interpretación acorde a estas garantías es la única posible a aplicar, al menos hasta que nuestro legislador armonice la normativa vigente con el estatuto supra legal.

Bibliografía

BORDALÍ SALAMANCA, A. Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil. En: *Revista de Derecho*, 12. 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Sentis Melendo. Buenos Aires. 1945.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Buenos Aires. 1971.

DEI VECCHI, Diego. Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. En: en *Revista de derecho* 26. 2013- 2. pp. 189-217.

DUCE MARIO, Riego Cristian. *Prisión preventiva y nueva justicia penal en Chile: evaluación del impacto de la reforma procesal penal y de sus cambios posteriores*. 2010. Disponible en: http://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/MODULO_IV/Panel01_Seguridad_Ciudadana/Mauricio_Duce_y_Cristian_Riego_Presion_preventiva_y_nueva_justicia_penal_%20en_Chile.pdf. Consultado el 29 de junio de 2014.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso penal*. Santiago. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y otros. Madrid. 1995.

GALLEGO SAADE, Javier. *Fundamento moral del supuesto de peligrosidad de la prisión preventiva*, pp. 5-6. Disponible en: http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/Javier-Gallego_1252890133.pdf Consultado el 29 de junio de 2014.

GUSMAO CARNEIR, A. *Da Antecipacao da tutela no processo civil*. Río de Janeiro. 1998.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*, II. Santiago. 2002.

Marín González, J., *Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales*. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, 8. 2006.

MARINONI, Luiz. *Tutelas Urgentes y Tutelas Preventivas*. Lima. 2010.

ORTIZ DÍAZ, Cristian. *Sobre prisión preventiva, y relación con el supuesto de peligrosidad. Análisis contemporáneo, soluciones y consideraciones, del supuesto de peligrosidad*. Disponible

en: http://www.lexweb.cl/media/users/10/523213/files/49917/Sobre_prisi_n_preventiva.pdf Consultado el 24 de junio de 2014.

PÉREZ RAGONE, A. *Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria en Revista de Derecho Procesal Dirigida a Iberoamérica*. 2010.

PEYRANO, J.W. *Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticias sobre las medidas autosatisfactivas*. 1997.

RABI GONZÁLEZ, Roberto. *La prisión preventiva fundada en el peligro para la sociedad frente al estado de derecho* (2005). Disponible en: <http://www.sepiensa.net/edicion/index.php?option=content&task=view&id=587&Itemid=40> Consultado el 29 de julio de 2014.

SEREY TORRES, Gonzalo Álvaro. Una Libertad Procesal: Análisis y Proposición Constitucional (un "aproach" de la libertad provisional en torno al nuevo proceso penal). *En: Ius et Praxis* 7. 2001-2, pp. 273-283.

VARGAS, A.L. *Estudios de Derecho Procesal*. Mendoza. 1999. pp 50-51.

**CAUTELA ANTICIPADA COMO MECANISMO DE ALIVIO ANTE A LOS
EFECTOS NOCIVOS COLATERALES DE LA LEY DE VÍCTIMAS Y
RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN COLOMBIA ***

Directora: *Milena Acevedo Prada* **

Yudy González Barbosa ***

Laura Lorena Pinto Tavera ****

Resumen

El presente documento pretende un análisis de los artículos 76 y 77 de la Ley 1448 de 2011 (ley de víctimas y restitución de tierras), porque al parecer conllevan una diferencia abismal entre las posibilidades que tiene la víctima reclamante de tierras de obtener el registro del bien durante la etapa administrativa, y el éxito casi garantizado a la misma víctima en el proceso judicial de restitución de tierras. Consideramos que con dicho panorama se somete a los beneficiarios de la ley a un aparente juego de probabilidades casi incomprensibles. Por otra parte, pretendemos examinar la aparente desprotección en la que pueden quedar los terceros de buena fe (específicamente durante la etapa procesal), ya que la ley les impone una pesada actividad probatoria para acreditar su buen obrar por medios diferentes a los legales y convencionales, que podría dar como resultado unos aparentes efectos nocivos

* Artículo resultado de investigación del proyecto denominado: “Tercero de buena fe, víctima de la inconsistencia legislativa. Cautela anticipada, antídoto para la inocencia de la Ley 1448 de 2011”. Trabajo de tesis para optar al título de pregrado de las estudiantes Yudy González Barbosa y Laura Lorena Pinto Tavera, de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga, bajo la dirección de la docente Milena Acevedo Prada. Las autoras agradecen la colaboración previa del Semillero de investigación en Derecho Procesal y Probatorio “PROCEDE”, adscrito al grupo de investigación CIPJURIS de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana seccional Bucaramanga, que construyó la iniciativa sobre la cual se consolidó el proyecto de investigación cuyo resultado se presenta.

** Abogada egresada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Procesal de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, docente investigadora adscrita al grupo de investigación CIPJURIS de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana seccional Bucaramanga, estudiante de los cursos independientes para el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA en convenio con el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE. milena.acevedo@upb.edu.co

*** Abogada egresada de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga. Asesora Jurídica de la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Floridablanca – Santander. Estudiante de la Especialización en Derecho Contractual y Teoría de la Responsabilidad de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga. yudynac2@hotmail.com

**** Abogada egresada de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga. Abogada asesora externa de la Secretaría General y Jurídica de la Dirección de Tránsito y Transporte de Floridablanca – Santander. Estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga. lau.pitav@gmail.com

colaterales a personas que no tuvieron injerencia en los actos de violencia que pudieron generar el despojo o desplazamiento de víctimas.

Palabras clave

Medida cautelar anticipada, restitución de tierras, buena fe, presunciones procesales, víctima, oposición.

Abstract

This document seeks an analysis of Articles 76 and 77 of Law 1448 of 2011 (law of victims and land restitution), because apparently involve a huge difference between the possibilities of the claimant victim of land to obtain registration either during the administrative stage, and almost guaranteed success to the same victim in the judicial process of land restitution. We believe that with this scenario, beneficiaries of the law are subjected to an apparent game of almost incomprehensible odds. Moreover, we intend to examine the apparent lack of protection for the bona fide third parties (specifically during the procedural stage) because the law imposes a heavy evidentiary to prove their good work by means different than legal and conventional which could result in some apparent side effects harmful to people who had no interference in the acts of violence that could generate the dispossession or displacement of victims.

Key words

Preliminary injunction, land restitution, bona fide, procedural assumptions, the new victims, opposition.

Metodología

La presente investigación se realizó utilizando el método analítico descriptivo, partiendo del examen del criterio general de las medidas cautelares desde su concepción más amplia, para después profundizar y analizar sobre la medida cautelar innominada, concretamente la cautela anticipada y su posible aplicación en el procedimiento administrativo contemplado en la ley 1448 de 2011, sobre ésta última, también se efectuó un examen deductivo tendiente a identificar implicaciones, consecuencias, ventajas o desventajas de su aplicación objetiva, en un sistema de justicia transicional heterogéneo jerarquizado entre normas de derecho público.

Introducción

La implementación de la Ley 1448 de 2011 ley de víctimas y restitución de tierras, además de generar expectativas frente a su efectividad y el cumplimiento de su altruista propósito, conlleva varios interrogantes sobre posibles efectos nocivos colaterales que pueden redundar en perjuicio de terceros de buena fe. Se hace necesario entonces analizar los aparentes perjuicios que puede derivarse de su puesta en marcha pero al mismo tiempo, buscar y/o proponer alternativas que permitan alivianar su impacto, para que se pueda

cumplir no solo el legítimo y necesario propósito de restaurar a las víctimas, sino que se logre una limpia implementación que no se convierta en semilla de nuevos resentimientos o formas aleatorias de violencia social.

Es preciso evidenciar que en atención a los fines esenciales del Estado, se distinguen unas condiciones básicas de vida para los habitantes de Colombia. Así, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo son la normalidad sobre la cual debe erigirse la sociedad. No obstante, tales condiciones tan solo pueden presentarse, pues son consecuencia directa del respeto irrestricto de un conjunto de derechos generales, es decir, que la regulación es el camino idóneo para dirigir la comunidad a una vida con estándares más humanos.

El conflicto armado nacional ha significado el menoscabo de las prerrogativas de una gran cantidad de residentes del país, donde la violencia ha sido el medio por el cual las estructuras estatales se ven reducidas tanto en su actuar como en su credibilidad frente a los integrantes de la sociedad. El Estado social y de derecho, como medida de supervivencia, debe garantizar todos los mecanismos que permitan la normalización de las relaciones de quienes son víctimas, de quienes los victimizaron y de todos y cada uno de quienes temieron verse avocados a ser uno u otros. Así, los progresos que se realicen en el marco de la revitalización del país, no deben extraviarse de los mandatos generales de la modalidad estatal asumida desde la constitución misma, pues es en marco de tales parámetros que realmente se puede llegar a un mejor escenario social. En tal contexto, debe primar para todo el que interviene en la reconstrucción del país, una visión que propenda por el interés general.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha destacado¹ que la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre², direccionaron el derecho internacional hacia una tendencia que propendiera por el desarrollo de instrumentos legales garantistas de la tutela judicial efectiva, y sobresale principalmente, lo concerniente a la reparación integral debida, con ocasión a los daños sufridos por un actuar antijurídico, que se enmarca conjuntamente con el logro y satisfacción del derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas, como directrices principales, que en estos casos deben ser escudriñadas, con miras a la correcta aplicación de una protección efectiva y plena. De manera similar se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³.

Otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos, han adoptado un esquema similar respecto a la materia, motivo por el que han sido explorados en la

¹ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C – 454 del 7 de junio de 2006, Magistrado Sustanciador: Jaime Córdoba Triviño.

² La *Convención Americana Sobre Derechos Humanos* en su artículo 25 consagra que: “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”

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párrafo. 24.

construcción argumentativa de este principio en la jurisprudencia nacional, siendo un ejemplo de ello, La Asamblea General de las Naciones Unidas, que por consenso a través de la resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, suscribió la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder", la cual en su numeral cuarto consagró de la siguiente manera, el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva: "Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional". (Subrayado fuera de texto).

Otro ejemplo de ello es el sistema continental europeo, que por medio de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *en su artículo 47 reconoció el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*, tras estipular:

“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley (...)”

Aterrizando el discurso al entorno jurídico colombiano, se puede resaltar que jurisprudencialmente ha sido reconocida como un principio y un derecho fundamental de aplicación inmediata, cuya característica principal es la efectividad⁴ y su fuente primigenia se constituye en “los artículos 229 y 29 de la carta magna, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía”⁵.

Este último punto, explica la lógica de haber ilustrado primeramente las fuentes internacionales de dicha institución, que fungen como argumentos iniciales del análisis efectuado por la Corte Constitucional, sobre su implementación en la legislación nacional. Más aún cuando en Sentencia C - 426 de 2002, la Corte Constitucional Colombiana expresó:

“Cabe puntualizar que el fundamento del derecho a la protección judicial efectiva no sólo se encuentra en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política. También aparece consagrado en las normas de derecho internacional, concretamente, en los tratados y declaraciones de derechos que han sido suscritas y ratificadas por Colombia. Así, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos declara que: “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

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala de revisión, Sentencia C-037 de 1996, 05 de febrero de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, P.E.-008

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C 454 de 2006, 07 junio de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño. D-5978.

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”. En igual medida, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara que: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

Para abordar el estudio de las fuentes que consagran la tutela judicial efectiva, ahondaremos sus bases constitucionales, a partir de extractos jurisprudenciales que permitan identificar la labor hermenéutica desplegada por el máximo tribunal constitucional al desarrollar el principio bajo examen, de los cuales hemos tomado como punto de partida el artículo 229 de la carta fundamental, sobre el que se pronunció el Tribunal Constitucional en Sentencia C - 207 de 2003, en los siguientes términos:

*“El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de **indefensión**⁶ frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal.” (El fin último de la intervención estatal en la resolución de los conflictos entre particulares es la materialización de las pretensiones o excepciones presentadas en el proceso, una intervención real.*

Con alusión a la razón que permite entender la forma en que el artículo 29 Constitucional actúa como pilar de esta institución, basta retomar nuevamente la sentencia C - 426 de 2002, de la Corte Constitucional, que explica:

“Teniendo en cuenta su importancia política, la jurisprudencia constitucional le ha venido reconociendo al acceso a la administración de justicia el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, integrándolo a su vez con el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Esto último, por cuanto la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva es, como quedó expresado, el medio a través del cual se asegura el acceso al servicio público de la administración de justicia -cuando se dan las circunstancias requeridas-, de manera que, sin su

⁶ La Corte Constitucional aclaró que: “se entiende por *indefensión* la ausencia del derecho a alegar y la imposibilidad de defender en juicio los propios derechos”.

previo reconocimiento, no podrían hacerse plenamente efectivas el conjunto de garantías sustanciales e instrumentales que han sido estatuidas para gobernar y desarrollar la actuación judicial”.

Cabe anotar que esta providencia a su vez reitera en este sentido lo anotado por la sentencia T-268/96, siendo Magistrado Sustanciador el Dr. Antonio Barrera Carbonell:

“El acceso a la justicia se integra al núcleo esencial del debido proceso, por la circunstancia de que su garantía supone necesariamente la vigencia de aquél, si se tiene en cuenta que sin él no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador...”

Finalizado este breve análisis de los orígenes que a la luz de la Carta amparan la tutela judicial efectiva o también llamado derecho de acceso a la administración de justicia, se pasará a estudiar su campo de acción. Para ello es importante entender que la tutela judicial efectiva comprende diversas aristas, que dinamizan su concepción y permiten que esta se haga extensiva a diferentes aspectos relacionados con el debido proceso, pues como se vio anteriormente, la jurisprudencia ha entendido que el derecho de acceso a la administración de justicia hace parte del núcleo esencial del artículo 29 de la Constitución Política, motivo por el que se hace celebre relacionar el principio de legalidad como componente de esta amplia figura, reiterado por el Corte Constitucional en la reiterada Sentencia C – 426 de 2002:

“(…) Como parte del derecho de acceso a la administración de justicia se encuentra la necesidad de que el ordenamiento jurídico consagre las acciones y los recursos necesarios para garantizar a las personas la posibilidad de resolver ante los jueces las situaciones que las afecten, a la luz del ordenamiento jurídico. Este componente del derecho de acceso se refiere no solo a la necesidad de que se establezcan los mecanismos judiciales adecuados para la solución de las distintas controversias, sino que comprende la garantía de que tales mecanismos habrán de estar al alcance de todos aquellos que en un momento dado requieran acudir a los mismos, sin que se presenten exclusiones injustificadas”.

Desde tal perspectiva es posible entender, que el debido proceso no es un principio rector exclusivo de los procesos judiciales, sino que debe ceñirse en todas las actuaciones que surte el Estado, más aún en trámites administrativos que es lo que nos atañe, específicamente frente a etapas que debe surtir la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas, descritas en el artículo 76 de la ley 1448 de 2011, para efectuar el registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente. Entonces, bajo la premisa de que el debido proceso debe guardarse y garantizarse incluso en la vía gubernativa o administrativa, puede predicarse que el principio de tutela judicial efectiva, se hace extensivo igualmente a trámites meramente administrativos y no exclusivamente, a procesos judiciales.

Se debe comprender que por su carácter constitucional, este principio irradia en materia de cautelas, porque no sólo puede aplicarse restrictivamente en aquellas medidas cautelares que se interponen en los estrados judiciales con carácter de previas o anticipatorias, sino

que también debe resguardarse en las medidas innominadas, que para nuestra propuesta revisten la característica específica de ser anticipadas, pues se espera que su solicitud se realice sin mediar proceso de registro del predio ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (en adelante UAEGRTD), y menos aún, sin necesidad de admisión de la solicitud en el posterior trámite judicial, puesto que la medida cautelar propuesta se pretende, desde el recibo mismo de la solicitud de registro realizada por la Víctima ante la referida Unidad Administrativa Especial.

Según el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), *“La justicia transicional es un conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. (...) No es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o represión del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho.”*⁷

Gran parte de los autores nacionales e internacionales, se refieren a la justicia transicional como un elemento relativamente nuevo, que sirve para afrontar el legado de graves violaciones a derechos humanos ocurridas en situaciones excepcionales, y que permite dar: (i) terminación a un conflicto y (ii) transición hacia un escenario de no violencia.

De acuerdo con lo anterior, uno de los propósitos de la justicia transicional es reconocer los derechos de las víctimas, esto significa que el Estado debe dar a estas el lugar que merecen en la sociedad de forma que su dignidad sea recuperada mediante la verdad, justicia y reparación.

Para el logro efectivo de lo mencionado, existen a nivel internacional los siguientes instrumentos: Reparación de víctimas a través de un proceso o vías administrativas, comisiones de verdad, amnistías, tribunales internacionales y los tribunales mixtos, mapeo, estrategia de investigación, depuración de la institucionalidad, consultas y participación de las víctimas.⁸

Una vez esbozado el concepto, finalidades e instrumentación de la justicia transicional, es preciso referir su proyección en la Ley 1448 de 2011 en la que se logra ver reflejada en cuanto a la verdad que les asiste a las víctimas en el momento probatorio de la buena fe del poseedor del predio, la reparación que obtienen ya sea porque les fue: regresado su predio, concedida la restitución por equivalencia, o pagada la compensación económica propuesta como indemnización.

⁷ ICTJ, Centro Internacional para la Justicia Transicional. “¿Qué es la justicia transicional?”. *ICTJ centro internacional para la justicia transicional*. 2009. New York-U.S.A. Recuperado de: <http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional> (10.06.2014)

⁸ FORER, Andreas. “Concepto y alcance de la justicia transicional”. *IV Congreso Internacional de Derechos Humanos, Justicia transicional, experiencias compartidas sobre procesos de paz*. 2013. Bogotá. Universidad Autónoma de Colombia. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=zL91-uYnAxE> (10.06.2014)

Hasta el momento y desde un plano estrictamente teórico, se logra demostrar que existe el reconocimiento de los derechos a la verdad y reparación que la justicia transicional establece para el logro efectivo de la dignidad de las víctimas en la ley 1448 de 2011. En el caso de la justicia, concepto que es bastante abstracto e indeterminado, consideramos que debe enfocarse desde los instrumentos o mecanismos utilizados para lograr la justicia transicional, para ello la ley nos ofrece dos etapas, la primera es la vía administrativa y la segunda la judicial, temas que desarrollaremos a continuación.

1. Aspectos y elementos fundamentales de la Ley 1448 de 2011, ley de víctimas y restitución de tierras.

La ley 1448 de 2011 se alza en el ordenamiento jurídico nacional como el ejemplo idóneo de justicia transicional; se trata pues de una disposición que pretende servir de puente para la normalización de condiciones de personas que se hayan visto afectadas por el conflicto armado interno que ha vivido Colombia durante sus últimos años, es una herramienta que responde directamente a las previsiones garantistas prescritas por la Constitución nacional, elemento que sin duda se presenta como afrenta a condiciones jurídicas clásicas en diversos ordenes, tal y como puede observarse frente a lo que sucede al respecto del modo de adquirir el dominio de la prescripción en lo que concierne a su modulación en marco de la ley bajo examen, es también una apuesta ambiciosa para diezmar los estragos de la guerra y reordenar el asunto de tierras en el país. Como materialización de lo anterior, la norma describe una postura clara de parte del Estado frente a las víctimas, les concede una grilla de derechos particularísimos a su situación y unos mecanismos judiciales y extrajudiciales que pueden emprenderse para la realización de las prerrogativas mencionadas, sobre el ultimo aparte se ahondara en el entendido que es el entramaje jurídico que deberá evaluarse para determinar la eficacia de la normatividad.

Esta ley, reconocida públicamente como de restitución de tierras y reparación de víctimas, no busca únicamente la ejecución de esas dos acciones, es un verdadero punto de partida de la atención estatal frente a este actor importante dentro del conflicto interno, ello se observa en su descripción general, donde se indica que lo buscado es la atención, asistencia y reparación integral al grupo social especial, sobresale entonces en el marco de la propuesta manifiesta en el presente documento, las implicaciones jurídicas especiales en lo que respecta a la reparación integral, como forma genérica de la restitución de tierras en marco de norma.

Así pues el artículo 69 de la ley 1448 de 2011 señala que la reparación ofrecida a los destinatarios de la normatividad se circunscribe a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, se trata pues de una restricción al ejercicio de acción, el cual se encaminara solo a los escenarios producto de las diferentes modalidades de reparación.

Frente a la restitución de tierras, elemento mediáticamente prioritario en lo que respecta a la valorización de la ley y clave para elucubrar nuestra propuesta, ésta diseña un mecanismo de reclamación complejo pues interviene una autoridad administrativa a modo de antesala para presentar la solicitud judicial, un requisito de procedibilidad y un proceso instruido por un juez especial, donde rigen un conjunto de disposiciones de orden probatorio particular,

que hacen de dicho escenario una absoluta excepción de la intervención estatal propia de un Estado respetuoso con el derecho al debido proceso.

Este dispositivo que propone resarcir daños de contenido material, como la restitución de bienes inmuebles que han sido objeto de despojo, guarda por objetivo principal el ofrecimiento a las víctimas del restablecimiento de la propiedad o de la posesión, pero que no se limita solo a estos porque también ofrece una pretensión secundaria a la que se ha denominado restitución por equivalencia o el reconocimiento de una compensación económica a la que se accede cuando la primera no puede concederse o cuando la víctima no puede retornar al inmueble por razones de seguridad, es ahí cuando se le ofrece la posibilidad de un terreno de condiciones similares o compensación económica.

Sin embargo, la absoluta realización de dicha pretensión solo puede presentarse dentro de un sistema jurídico flexible, la ley por sí misma no lo conseguiría, pues ella no responde primariamente a las condiciones generales de interpretación de fenómenos jurídicos estructurados por leyes ordinarias, lo que busca es exclusivamente la realización de los derechos de las víctimas del conflicto, no solo por su naturaleza transicional anteriormente señalada, sino porque surge ante la necesidad de enfrentar una circunstancia fáctica especialísima de singular interés para la nación, argumento que si bien no es suficiente para aprobar desde el seno de la academia normatividad cualquiera que se aleje de los cánones básicos (entiéndase la dinámica general para cada sector del derecho), sí permite que su principal criterio de aplicación sea de tinte constitucional, por el cual se busque la concepción de un procedimiento sistémico, expedito e integral de reparación. Es necesario suministrar al respecto de la norma una interpretación garantista y amplia del principio de buena fe para que el relato de las víctimas sea considerado fidedigno, en lo referente a sustentar su condición de tales y la ocurrencia de los hechos.

Puede sostenerse entonces, que el sistema de justicia transicional en el ámbito civil, es decir, en los diferentes escenarios en que tal cuerpo normativo debería regir en totalidad las situaciones presentadas, es heterogéneo, se halla jerarquizado entre normas de derecho público, en especial aquellas de carácter constitucional y normas de derecho privado, supeditadas a la realización de los fines últimos de la ley.

1.1. Del ejercicio de graduación de la prueba, una verdadera desigualdad probatoria

En términos probatorios la Ley de víctimas y restitución de tierras, demarcó situaciones procesales que tienden a favorecer generosamente a las víctimas del conflicto armado colombiano, todas ellas sustentadas principalmente por el principio constitucional de la buena fe, a todas luces una postura decente en lo que respecta al valor de las víctimas del conflicto, pero contraria al balance general de cualquier diligencia judicial.

Así sobresale la implementación de la inversión de la carga de la prueba, a través de la cual es posible inclusive que a un tercero como lo es el Estado frente al proceso, pueda verse llamado a probar hechos dentro de la actuación diseñada en la ley, que acarrea la inversión de la carga de la prueba en la contraparte de la víctima, o en el propio Estado.

En esta arista se hace necesario llamar la atención, teniendo en cuenta que en un escenario real muy a pesar que esta figura – inversión de la carga de la prueba – específicamente prueba de la buena fe, se deja ver como punto a favor de las víctimas del desplazamiento, pero también puede ser su talón de Aquiles, porque si el proceso de restitución se interpone contra el despojador o victimario, los resultados son coherentes y acordes con el objetivo de la Ley, en cambio, si contra quien se formula la solicitud de restitución es un tercero (propietario, poseedor u ocupante) de buena fe, la inversión referida lo deja inerte, sin probabilidad de triunfo en su actuación de oposición, a causa de la dificultad que genera probar esta circunstancia específica. Crítica directa que realizamos a una parte de la aplicación de la ley 1448 de 2011.

1.2. Presunciones especiales de la Ley 1448 de 2011, correcta interpretación de su alcance.

Ante el interrogante ¿Son aplicables las presunciones contenidas en el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011 al procedimiento administrativo previsto por la misma como requisito de procedibilidad para acceder al proceso de restitución? La respuesta que llegare a brindarse debe erigirse sobre el apotegma señalado en el artículo 27 del código civil que expresa “*cuando el sentido de la ley es claro*”, aludiendo a la interpretación gramatical de la norma, donde se indica que en aquellos casos en los que el sentido común y general de la disposición sea apreciable, bastara al interprete ajustarse al tenor literal, tal y como sucede con el mandato evaluado, y es que la descripción legal de las dos categorías de prescripciones señaladas, cuando indican que: “*para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume...*”, evidencia que su aplicación es exclusiva de la etapa judicial, atendiendo además que el proceso un escenario independiente de aquellas actividades que sean anteriores a él, sean estas o no necesarias para que el mismo pueda iniciarse. Por consiguiente, no es dable al intérprete considerar que el procedimiento administrativo regulado por la ley como requisito de procedibilidad, hace parte del proceso judicial, atendiendo la naturaleza de cada una de las etapas.

Tampoco se puede esgrimir que la norma adhiere el trámite previo (administrativo) al proceso judicial, pues es específica al delimitar el campo de sus efectos, sin embargo, en virtud del Decreto No. 4829 de 2011 perviven las presunciones del artículo 77 de la Ley 1448 de 2011 en el trámite administrativo previo, sin que al parecer en la práctica la UAEGRTD realice valoración probatoria que permita dar aplicación a las presunciones referidas.

Ante lo anterior consideramos correcto preguntar: ¿por qué si existe un Decreto Reglamentario que contempla la posibilidad de hacer extensivas las presunciones del artículo 77 de la Ley de víctimas y restitución de tierras durante el trámite administrativo la Unidad de Restitución de Tierras no concentra parte de su actividad en realizar una adecuada valoración probatoria antes de presentar la solicitud judicial de restitución? ¿Acaso escenarios tan distantes entre un momento y otro, no conllevan a un desgaste judicial innecesario además de las implicaciones económicas y psicológicas en contra de los opositores de buena fe?

1.3. Requisito de procedibilidad, un camino incierto, complejo y desventurado para la víctima.

La prueba es clave en todo proceso judicial, a través de ella se desencadena el convencimiento del juzgador, así la mecánica en la que se desarrolle dentro de la actuación procesal permitirán en mayor o en menor medida un sistemas garantista con respecto a las partes, sin embargo, el trámite judicial de restitución de tierras incluye un camino sin espinas al reclamante, brindándole una alta probabilidad de salir adelante en su pretensión (restitución, restitución por equivalencia, o compensación económica), donde existe un alto grado de favorabilidad para el solicitante en comparación con su contraparte, a la que le resulta sumamente complicado (por no decir imposible), desestimar la mala fe que por mera presunción de la ley se le impone, quedando así a brazos cruzados, pues debe demostrar por medios distintos a los legales y convencionales, su calidad de actual propietario, poseedor u ocupante de la tierra, lo que implica el triunfo casi que garantizado en favor de la víctima reclamante. No obstante, tal escenario idílico – pues a nuestro juicio terminara siéndolo –, solo sucede luego de sortear el camino pantanoso previo que existe, donde puede quedar atascada la víctima antes de llegar a la senda limpia y sin espinas que le permitiría un final feliz.

Sea lo primero hacer mención al requisito de procedibilidad que debe agotar el desplazado o la víctima para lograr acceder a la jurisdicción, requisito este con estipulaciones que desde nuestro punto de vista resultan contrarias de cara a las garantías que ofrece la ley en el trámite judicial de restitución.

Dicho requisito consiste en el registro del terreno ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Entidad que procede al trámite de inscripción del predio objeto de restitución sea de oficio o a solicitud de parte, mediante un procedimiento en el que se incluye comunicación al actual propietario, poseedor u ocupante del predio cuyo registro se solicita, con el objetivo que pueda suministrar pruebas documentales que demuestren su condición de propietario, poseedor u ocupante de buena fe, conforme a la ley, y así dentro de un plazo de sesenta (60) días que puede prorrogarse por treinta (30) días más, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas decida si realiza el registro o no.

Así las cosas, el registro procede sin obstáculos cuando no existe pronunciamiento sobre la inscripción solicitada en el comunicado por parte del actual propietario, poseedor u ocupante, dando paso directo al proceso judicial de restitución, señalando que debe existir un impecable proceso de comunicación y así evitar a futuro posibles nulidades o argumentos de la contraparte referidos a vicios en el procedimiento en su etapa administrativa, sobre la procedencia del registro o al real agotamiento del requisito de procedibilidad.

Pero si por ejemplo, el actual propietario del predio cuyo registro se pretende, luego de la comunicación realizada por la UAEGRTD, allega el registro de su derecho (certificado de libertad y tradición), es decir, prueba su buena fe de acuerdo a la ley sustancial, la consecuencia será que no procede el registro, por tanto, la presunta víctima del desplazamiento se queda sin requisito de procedibilidad para poder acudir a la etapa

judicial para la restitución del bien objeto de despojo y de iniciarla, su solicitud será rechazada.

Otra situación que se puede presentar es que el opositor allegue prueba siquiera sumaria de su propiedad, demostrando su buena fe, y pese a ello, la UAEGRTD proceda a realizar el registro y así saltar a la etapa procesal, pero de ser así ¿cuál es el objetivo de pedir al opositor documentación que demuestre su buena fe en la etapa administrativa? ¿Acaso cuando se pasa a la etapa procesal estos documentos no se presumen nulos?

Se presenta entonces una discordancia pues la Ley dota a la víctima de altas probabilidades respecto a la prueba en el trámite judicial, que prácticamente le prometen un triunfo (por la presunción de mala fe), y de la misma manera en la etapa administrativa le brinda al actual propietario, poseedor u ocupante la posibilidad de demostrar de acuerdo con la ley sustancial la buena fe de su calidad. Al respecto invitamos a reflexionar sobre esta Pregunta:

¿Cuál es sentido de la ley al permitir presentar pruebas en la etapa administrativa si las mismas pruebas en la etapa procesal se presumen con vicios de ausencia de consentimiento y causa ilícita?

2. Los nuevos perjudicados del proceso de restitución de tierras, un efecto colateral de la aplicación del trámite de restitución.

En lo correspondiente a la identificación de los elementos jurídicos primordiales dentro del marco normativo de restitución de tierras vigente en el país, se señaló un supuesto de hecho alarmante, el relativo a la actuación judicial que por las circunstancias fácticas de un caso concreto, termina dirigiéndose contra un propietario o poseedor ajeno al conflicto, que de buena fe adquirió dicha condición.

Lo anterior es llamativo porque transporta a una persona que actúo de conformidad a los requerimientos legales válidos en lo que respecta la negociación jurídica de bienes inmuebles, a un escenario judicial donde su derecho de defensa se haya sesgado, debido a la existencia de una serie de presunciones de difícil afrenta, que necesariamente restringen a una sola la excepción que pueda proponer en el proceso, la que en caso de prosperar – circunstancia a todas luces improbable por la naturaleza del hecho que debe conseguir acreditar en las postrimerías de la diligencia –, no garantizaría de ningún modo su permanencia en el bien inmueble.

Ahora bien, para dar claridad sobre este punto que consideramos álgido pues es aquí de donde parte nuestra propuesta de implementar una medida cautelar anticipada, esbozaremos un ejemplo:

El señor A como víctima de desplazamiento, acude la UAEGRTD a realizar el respectivo registro del bien, registro que la UAEGRTD materializa, una vez efectuó la comunicación de la solicitud al actual propietario, poseedor u ocupante del bien cuyo registro se pretende, corrobore que el bien se encuentra ubicado en una zona georeferenciada, y confirme los hechos de violencia o despojo en el término que propone la Ley.

Si bien la UAEGRTD cuenta con un término máximo de noventa (90) días, reportes de prensa conducen a establecer, que las solicitudes de registro se encuentran represadas en el la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas⁹, de forma que puede pasar a años sin que la Unidad resuelva, tiempo en el cual, el actual propietario, poseedor u ocupante, una vez enterado de la solicitud, y a fin de evitar perder el predio, ya sea porque es el victimario o despojador, o porque lo adquirió de él (inclusive sin saberlo), decida venderlo, y el comprador que en este caso sería de buena fe, lo adquiere sin sospecha alguna del proceso que se avizora contra su propiedad, posesión u ocupación.

Es en este punto, donde este tercero de buena fe pasa a ser también perjudicado, entonces el proceso de restitución no será víctima vs victimario, sino víctima vs nuevo afectado. Puede ocurrir también (hipotéticamente hablando), que la persona que ejerza posesión sobre el bien cuyo registro se pretende, al momento de darse apertura al procedimiento administrativo referenciado, haya llegado a tal condición tras una negociación previa con el testaferro del violento, siendo el comprador, desconocedor de la sombra enfermiza detrás del predio, no acudiendo ante el llamado de la autoridad administrativa, como una buena porción de la población pues desconoce el alcance de la ley, con resultados lamentables en el proceso de restitución, pues en esta circunstancia especial (comprar a una persona judicializada por el delito de testaferro), es absolutamente imposible tener éxito en la oposición procesal, siendo inclusive improbable, que alcance una posible compensación económica.

Sin temor podemos manifestar que en las condiciones descritas, la actuación judicial es para el demandado una caminata al borde de un peñasco inconmensurable, pues el conseguir probar la buena fe dentro de un escenario donde los medios habituales contentivos de dicha condición interna del actuar de las personas no tienen ningún valor, son antes contrarios de todo lo que normalmente representan, hacen de la ocurrencia de una posible intervención exitosa un verdadero imposible.

Más aún, aunque consiguieran demostrar su buena fe, refiriéndonos claramente al tercero poseedor o propietario de buena fe, ajeno al conflicto quien detentaba para sí el bien objeto de restitución, no podría permanecer en él, tiene que necesariamente trasladarse de allí a cambio de un bono monetario para la adquisición de una nueva propiedad, es decir que todo aquello que haya erigido en el bien, una vida, su propia historia, tendrá que hacerlas a un lado, como si acaso él hubiese ocasionado todo el daño al anterior propietario, poseedor u ocupante, sin que se discuta si el Estado cuenta con la capacidad económica de compensar a todos aquellos colombianos de bien que serán desterrados de sus domicilios.

⁹ Sólo un 1,7 % de solicitudes de restitución de Tierras han sido falladas. “Gerardo Vega de la Fundación Forjando Futuro, afirmó que la ley de víctimas es una “buena ley, pero mal aplicada”. Agregan las ONG que de 360.000 solicitudes esperadas se han presentado 54.063, de las cuales los jueces han fallado 964, mientras que el 28.3% están en trámite y un 70% de las solicitudes están represadas en la Unidad de Restitución de Tierras.” Fecha de la publicación: 26 de marzo de 2014, en: <http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/8203solo-un-17--de-solicitudes-de-restitucion-de-tierras-han-sido-falladas/20140326/nota/2146837.aspx>

No son solo afectados por verse avocados en un proceso judicial en el que seguramente van a verse vencidos, sino lo son también y principalmente porque van a ser desplazados del lugar en el que viven. Es posible afirmar entonces que: el Estado está desplazando legítimamente (con amparado en la ley), convirtiéndose también en victimario.

3. Medidas cautelares, una posible alternativa.

La doctrina nacional parece no presentar mayores disensiones respecto a la esencia del concepto de las medidas cautelares, razón por la que la mayoría de tratadistas que han abordado el estudio de esta figura coinciden en los lineamientos básicos sobre los que se cimienta. Tenemos, por ejemplo a Miguel Enrique Rojas Gómez, quien indica que su naturaleza, gira en torno a la preservación de derechos y realidades jurídicas y que por eso consisten en: *“Adoptar de manera oportuna precauciones (...) encaminadas a evitar, que entre tanto se produzcan, respecto de la inicial situación fáctica o jurídica, alteraciones que puedan impedir o dificultar el cabal cumplimiento de la decisión que al final se adopte. (...) Es el método idóneo para proteger, a quien busca la tutela jurisdiccional, de las consecuencias adversas que puede producirle el transcurso del tiempo o eventuales actos fraudulentos (...) con una medida que garantice el mantenimiento de la situación inicial o con una que la modifique provisionalmente”*¹⁰

Por su parte, Jorge Parra Benítez, las define como *“actos judiciales dirigidos a asegurar el cumplimiento de una obligación o deber de origen judicial, legal o convencional”*, cuyo fin es *“garantizar que la decisión adoptada en el proceso pueda ser ejecutada”*.

Precisiones acordes con la definición han sido enseñadas por la Corte Constitucional en Sentencia C-379 de 2004, en la cual resaltó:

“Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”.¹¹

Conforme a lo dilucidado, las medidas cautelares objeto de regulación en nuestro ordenamiento procesal civil constituyen un instrumento de protección frente al posible desobedecimiento por parte del sujeto procesal contra el cual se impetran determinadas pretensiones, de las decisiones que se tomen en el marco de un proceso, generando confianza en las personas no solo acerca de la resolución de sus conflictos, sino sobre su

¹⁰ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El Proceso Civil Colombiano*. Cuanta edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Página 373.

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-379 de 2004 Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. D – 4974.

acatamiento de manera definitiva. De no existir estas, no queda la menor duda que sería un desgaste en vano lograr un fallo favorable a los intereses de la parte actora, sin que al efecto cuente con los mecanismos idóneos para garantizar su respeto.

Es en el anterior punto, donde se acude como disposición idónea a las medidas cautelares a fin de conseguir la sujeción de la parte al fallo y zanjar la incertidumbre respecto de si se obtendrá o no su cumplimiento, todo esto en procura de la igualdad y el equilibrio procesal. En ese orden de ideas, también puede conceptualizárseles como instrumentos que tiene la parte, para evitar “*los efectos nocivos del excesivo tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos civiles*”¹², pues a pesar de que a lo hora de hablar de la naturaleza del “proceso”, siempre se ha dicho que es el procedimiento que se concretizó para administrar justicia y que dentro de sus más importantes características y principios están la caducidad, la preclusión, la igualdad entre las partes, la lealtad que le asiste a los sujetos procesales y un sin número de elementos ulteriores, se ha olvidado comentar que hay uno que si bien no está positivado, la costumbre lo ha llevado a tener fuerza material de ley (por lo menos para los despachos judiciales), este es el *paquidémico y tardío proceder y resolver del proceso*.

Por ello, la cautela busca asegurar la ejecución de lo que en un futuro será la providencia que dirima la cuestión de fondo. De este modo, las clásicas medidas nominativas como el embargo, el secuestro y la inscripción de la demanda pretenderán que los bienes objeto del proceso o garantías (personales y reales) del acreedor, no afronten una situación jurídica que ponga en riesgo la efectiva puesta en escena del decisium, violando así la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, conforme a los principios esbozados (igualdad y equilibrio procesal) no es justo amparar de forma exclusiva al demandante dejando a su suerte al demandado y a aquellos que puedan resultar perjudicados por el abuso de las cautelas, por lo que para evitar situaciones tan adversas aparecen en nuestro ordenamiento las contracautelas, también conocidas como cauciones, que precisamente procuran impedir el ejercicio arbitrario de las medidas cautelares que devengan en la lesión de derechos de otras personas, como es el caso en que se ha proferido sentencia absolutoria o se ha llegado a secuestrar bienes pertenecientes a terceros diferentes del extremo procesal pasivo.

La razón de ser de las medidas cautelares es la obtención de decisiones efectivas, en tanto que puedan ser ejecutadas y cumplidas, y además la de contrarrestar los efectos nocivos que el paso del tiempo comporta, es decir, que se encuentran sustentadas en el logro del acceso eficaz a la administración de justicia¹³ permitiendo que el proceso sea realmente el mecanismo idóneo para garantizar los derechos sustanciales no solo en lo que a su reconocimiento y otorgamiento atañe, sino al cumplimiento de lo ordenado, entiéndase de otra manera, a la concreción de las decisiones judiciales.

¹² LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General*, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, Undécima Edición, 2012, página 1091.

¹³ La Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-379 de 2004 establece que las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia.

Por esto hablamos de su búsqueda por “precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas, bienes o sobre los medios de prueba mientras se inicia un proceso o se adelanta”¹⁴; así como el de “asegurar que los fines del proceso puedan cumplirse a cabalidad”¹⁵. Lo anterior, sumado a lo ya expuesto citando al tratadista Rojas¹⁶, puesto que la medida cautelar, tratándose de una figura que salvaguarda la debida aplicación de la tutela efectiva, también tiene como finalidad la de evitar innovar, es decir, que se mantengan ciertas situaciones jurídico-fácticas en su estado actual, todo esto en aras de proteger y garantizar los derechos que le asisten a la parte solicitante y como se verá con la medida propuesta, los derechos de terceros que no han sido llamados al proceso.

Las anteriores precisiones nos permiten concluir y hacer hincapié en que la cautela tiene una connotación **instrumental**, toda vez que por sí misma no tiene sentido, dado que su existencia se debe a la de un proceso presente o futuro, al que se proyecta dotar de garantía¹⁷. Otro aspecto a resaltar es que el decreto de las medidas cautelares tiene lugar únicamente cuando de por medio hay una solicitud de parte, “*se dice lo anterior porque en lo que concierne al decreto de la medida cautelar, impera el talante dispositivo, pues sin excepción toda medida cautelar requiere petición de parte, es decir el juez no puede decretar cautelas oficiosamente, en conclusión, la cautela es eminentemente rogada*”¹⁸. Sin que deban confundirse ciertos poderes que sobre estas se le ha conferido al juez en ejercicio de sus facultades inquisitivas, porque sin lugar a excusas debe ser el extremo activo de la litis quien le pida al funcionario judicial su decreto, debido a que este es la persona que conoce a ciencia cierta si una decisión que le sea favorable está realmente asegurada, o por el contrario requiere de la garantía de la medida cautelar para la protección de sus derechos, pues el juez apenas entrará a conocer la situación objeto de controversia y no le es posible determinar una circunstancia así.

Por otra parte, toda medida cautelar debe respetar siquiera estos dos elementos: el "fumus bonis iure" apariencia de buen derecho y el "periculum in mora" riesgo por la demora del trámite. De esta forma la inclusión de estos presupuestos, refuerzan la razonabilidad de las medidas cautelares tal como lo refiere Luz E. Hernandez puesto que pese a que “*aunque no haya plena seguridad sobre el derecho reclamado y sobre la necesidad de la medida, existe*

¹⁴ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General*, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, Undécima Edición, 2012, página 1090.

¹⁵ Ídem, página 1091.

¹⁶ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El Proceso Civil Colombiano*. Cuanta edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Página 373.

¹⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I, parte general*, Bogotá, Dupré Editores, 2009, p. 1074, que acertadamente considera que: “por sí mismas no tienen razón de ser. Dado su carácter asegurativo sólo se justifican cuando actúan en función de un proceso al cual acceden o accederán debido a que el hecho de que se puedan practicar antes de iniciado un proceso no les quita la característica”.

¹⁸ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. “Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso”. P. 171

*un elevado grado de certeza suficiente para ordenarla con tranquilidad a sabiendas de su carácter esencialmente provisorio”.*¹⁹

3.1. Clasificación

3.1.1. Nominadas e innominadas

Sabido lo anterior debemos abordar la distinción entre las medidas cautelares nominadas e innominadas, pues es importante hacer alusión a los dos sistemas de regulación de las medidas cautelares, un sistema atípico y otro típico con excepciones de atipicidad.

Respecto del sistema atípico, se puede resaltar que deja a total consideración del juez el decreto de una medida que el legislador jamás previó de manera nominativa a petición de parte, debido a que por lo menos en la mayoría de ordenamientos jurídicos que le implementan, no opera el poder oficioso del juez, tal como se observa en el ordenamiento Francés y en parte el Alemán.

En tanto al sistema típico con excepciones de atipicidad que Parra Quijano²⁰ ha denominado mixto, someramente se observa que a pesar de ser típico, permite que ante casos excepcionales o residuales se decreten medidas que a luz de la ley positiva son innominadas, pues como lo dijo Andrea Proto Pisani en su obra, este sistema tiene las ventajas de la tipicidad y la necesidad de un margen de atipicidad necesaria pues el legislador no puede contemplar el 100% de los casos que son adelantados en los estrados judiciales, atendiendo al avance y la diversidad de situaciones que se presentan.

Las medidas cautelares nominadas, son entonces, aquellas que la ley prevé para casos concretos, como lo son el embargo, el secuestro, el registro de la demanda, en algunos declarativos o en los ejecutivos, teniendo asidero en la legislación colombiana en el respectivo libro cuarto del Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso. Contrario a lo que podría llegar a pensarse, las medidas cautelares innominadas están regladas, pero no son taxativas, debido a que la ley estima su uso, facultando al juez para que las decreta a petición de parte o implemente en lugar de la medida que se ha pedido, por una más adecuada y menos lesiva siempre que la situación lo permita. Siendo así que se usa por mandato legal, pero se “escoge” en consideración a la parte, la situación y el operador judicial, mirando como mínimo el respeto a las garantías judiciales.

Ahora, en relación con la situación propia de nuestro país, si bien no aparecen como una novedad dentro del ordenamiento jurídico, lo cierto es que las cautelares innominadas no han sido objeto de regulación y apenas de manera incipiente eran permitidas en expresos y escasos asuntos, lo anterior ha dado un giro, con ocasión de la promulgación de la ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, que abre la posibilidad para que en los diferentes procesos declarativos se sirva paso a su decreto.

¹⁹ HERNANDEZ Luz Eugenia, Medidas cautelares en procesos de alimentos; en Publicación en revista universitaria. Revista Holística Jurídica. Universidad de San Buenaventura. seccional medellín. issn 0124-7972. n° 4 – julio de 2008.

²⁰ PARRA QUIJANO Jairo, Medidas Cautelares Innominadas; en XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Ediciones Libre, Bogotá, 2013, páginas 301 a 318.

3.1.2. Previas o preventivas, anticipatorios y anticipadas

Finalmente nos ocupa en nuestro ejercicio académico, diferenciar entre estos tres tipos de medidas, todas estas en procura de la materialización del mundo práctico de la anhelada tutela efectiva.

Iniciamos nuestra diferenciación aclarando que tanto para las preventivas, como las anticipadas y las anticipatorias sigue existiendo la necesidad de demostrar ante el administrador de justicia la amenaza o vulneración del derecho, además de la apariencia de buen derecho y desde luego la legitimación en la causa para su solicitud, requisitos mínimos y sine qua non el juez tendrá sustento para tomar la decisión pertinente al caso concreto objeto de su conocimiento.

Sobre la preventiva o previa puede advertirse que durante años ha sido la cautela convencional por excelencia, puesto que su uso se remonta a ordenamientos jurídicos de antaño, donde si bien no recibían el propio nombre, ni tenían el mismo procedimiento, sí buscaban materializar los ideales mínimos de una adecuada administración de justicia. Frente a este tipo de medida cautelar no existe, al menos hoy, debate alguno respecto de su implementación en procesos cognoscitivos, ejecutivos y los demás permitidos por la ley.

Podríamos aseverar que basta con la interposición de la demanda y la sumaria referencia de la existencia de los requisitos de que ya hablamos, para que el juez proceda a inscribir la demanda, decretar el embargo y el posterior secuestro.

Así pues, solo cabe hacer una precisión para distinguirla de las dos más innovadoras, esta institución, un tanto genérica, se solicita con la presentación de la demanda y no busca otra cosa que poder ejecutar la sentencia favorable en su debido momento.

La anticipatoria si bien no la encontramos de manera explícita en la codificación procesal, sí podemos extraer su existencia de la debida interpretación de la norma que consagra las cautelas innominadas, sea esta disposición la contenida en el artículo 590 numeral 1 literal c), además de poder ver su desarrollo jurisprudencial y la coexistencia de doctrina que le ha secundado.

Esta figura de origen jurisprudencia, tuvo su yacimiento tras la necesidad de adelantar los efectos favorables del veredicto, siempre que el solicitante logre demostrar la *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* y que el hecho de obtener una respuesta positiva pero tardía significa la imposibilidad de ejecutar el fallo, ya no por la solvencia de la contraparte, sino por el escollo material de resarcir el daño causado. Sin embargo, su decreto debe respetar la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida frente a los derechos del antagonista.

Queda claro entonces, que esta medida tiene como finalidad la de traer al presente los efectos favorables de una resolución futura, como lo ha expresado el doctrinante argentino Adolfo Alvarado Velloso, que refiere respecto de la legislación de su país que el legislador

pensó en “la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían.”²¹

La medida anticipada logra la adecuada utilización por parte de los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento administrativo previo al proceso de restitución de tierras de la Ley 1448. Significa ella, que previa iniciación de un proceso se decreten y realicen las medidas que por su naturaleza serían procesales, pero que ante su solicitud pronta y pre-procesal lograran salvaguardar las garantías constitucionales de la parte y de terceros, como sucede con la medida por nosotros planteada.

Sin embargo, por tratarse de una restricción a derechos de la contraparte y por ser necesario el análisis y evidencia de los elementos o requisitos mínimos (*fumus boni iuris* y el *periculum in mora*), debe ser un Juez ante quien arribe esta solicitud de imposición de cautela anticipada, para su minucioso estudio y posterior decreto, respetando así, el debido proceso y tutela efectiva, no solo del solicitante, sino de la futura contraparte.

Ahora bien respecto de la Ley mencionada, la legitimación y obligación de hacer la solicitud estaría en cabeza del funcionario de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que adelante el trámite de revisión del asunto.

Esta medida sustentada en general por la misma disposición que la anticipatoria, tiene una especial consagración por interpretación extensiva de la norma, si miramos detenidamente los artículos 27, 32 y 178 de la Ley de víctimas, que instruyen la aplicación normativa de la ley (27), su interpretación extensiva en pro de los derechos humanos por parte del operador administrativo (27), la inclusión de medidas que eviten el menos cabo de los mismos (32 # 5 Par. 1) y el deber de los funcionario que intervienen en el trámite de “*adoptar o solicitar a la autoridad competente, de forma inmediata, las medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones*”.

4. El alivio para los posibles efectos nocivos y colaterales que pueden derivarse de la aplicación de la Ley 1448 de 2011.

Definitivamente el escenario más alarmante que se presenta frente a la aplicación de la ley 1448 de 2011, es aquel en el cual se emprende un proceso judicial a todas luces favorable al accionante, contra un tercero, que en una mayoría obscena de casos ha adquirido bajo el crisol de la absoluta buena fe el bien cuya restitución se pretende, sin conocer que el mismo estaba siendo objeto de estudio de la UAEGRTD. Así, no solo el victimario se lucró del injusto cometido, sino que sumió a un inocente a una circunstancia excesivamente gravosa y la ley no hizo nada para impedirlo.

Las personas llamadas a interpretar el contenido y alcance de las disposiciones jurídicas, no pueden permitir que lo anterior constituya un obstáculo para lograr la justicia, menos cuando cada norma pertenece a un universo que le determina y le revisa en aquello que no contempla, así a través del deber social presente en cada abogado, especialmente en el de un funcionario público, se requiere que este escoja el camino interpretativo más idóneo para

²¹ ALVARADO VELLOSO Adolfo, El Procedimiento Cautelar y la Solución Urgente de una Pretensión; en XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Ediciones Libre, Bogotá, 2013, páginas 833 a 888.

la materialización de las garantías deseadas, como lo es en este caso el uso de medidas cautelares anticipadas de carácter innominado, enmarcadas dentro del trámite pre-procesal de la restitución de tierras.

La medida cautelar no es una acción procesal, así lo sentencia *Alvarado Velloso* al manifestar que la ausencia de bilateralidad, condición necesaria de todo acto procesal, es incompatible con la naturaleza precautoria de la figura jurídica en comento, pues como se ha esbozado el fin de esta no es otro que la preservación de las prerrogativas que serán examinadas en los estrados judiciales, evento para el cual no debería existir la intervención de quien tendrá que asumir la cautela, no obstante tal argumento no sustenta absolutamente la utilización de medidas cautelares en escenarios distintos a un proceso judicial.

Si observamos que para el caso concreto esta ocurriría en marco de una norma de justicia transicional, dentro de la cual particularmente se busca la reparación integral de las víctimas del conflicto, supeditando así todas las acciones judiciales o extrajudiciales propias de tal normatividad a la necesaria realización de los derechos que por la violencia se vieron menoscabados, sería más comprensible su manifestación, ello no porque la justicia especialísima permita cualquier cosa en torno suya, sino porque la ley debe ser absoluta garantía de reestructuración social. Por eso ella misma en el numeral 7° de su artículo 178 impone a los funcionarios públicos que intervienen en el proceso de restitución el deber de “*adoptar o solicitar a la autoridad competente de forma inmediata las medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones*”, desplegando un abanico de acciones oficiosas tendientes a permitir no solo la efectiva restitución sino el cese de cualquier evento nocivo que termine vulnerando a terceras personas ajenas al conflicto; así la utilización de medidas cautelares anticipadas en marco de la Ley 1448 de 2011 antes de presentarse como una facultad de parte, sin que deje de serlo, es más bien un elemento realizador del fin último de la ley.

El inciso 2 del artículo 23 del Código General del Proceso señala la competencia para decretar y practicar las medidas cautelares extraprocesales, que necesariamente serían aquellas que surjan simultáneamente al procedimiento administrativo, requisito de procedibilidad para la solicitud judicial de restitución de tierras, además abre la posibilidad a que una ley en particular conciba la utilización de una cautela, sin que esté taxativamente expresa en el código de enjuiciamiento civil vigente. Tal disposición –utilizada conjuntamente al deber de adopción de las medidas eficaces para evitar eventos vejatorios de derechos en marco a la restitución de tierras, mimetizadas mediante el artículo 27 de la ley en comento, a través del cual se indica que el intérprete debe necesariamente aplicar la elucidación más adecuada para los derechos humanos de las víctimas, entiéndase también los afectados colaterales, del proceso judicial señalado– posibilita la utilización de medidas cautelares anticipadas en esta etapa.

Se formula la implementación de medidas cautelares de orden informativo consistentes en: *i)* La inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria de la solicitud radicada ante la UAEGRTD, *ii)* la expresión de afectación del inmueble derivada del procedimiento administrativo, a través de medios idóneos, que permitan a la comunidad saber de buena tinta de dicha circunstancia, como lo puede ser la publicación de ello por canales audiovisuales, como vallas visibles en los linderos del predio y los lugares de habitación de estos. Las anteriores medidas buscan dar a conocer a la comunidad, la mera existencia de

una solicitud ante la Unidad, más no restringir el derecho que le asiste al propietario de disponer del bien objeto del futuro proceso, como sí lo hará el auto de admisión de la solicitud jurisdiccional, pues lo que principalmente se pretende es evitar que a través de este proceso surjan nuevos perjudicados o afectados colaterales de la propia Ley.

La propuesta concreta radica, en que la inscripción de la solicitud de registro del bien realizada por la víctima ante la UAEGRTD, se materialice en folio de matrícula inmobiliaria con fines meramente publicitarios (sin sacar el bien del comercio), pero que tenga lugar desde que se radica la petición de registro de la víctima, es decir, desde el inicio mismo de la gestión administrativa, antes de que la UAEGRTD inicie cualquier actividad que conlleve a considerar que efectivamente procede el registro del bien (o que no hay lugar al mismo), teniendo en cuenta que en las tareas de verificación del correspondiente registro del inmueble, la UAEGRTD puede demorarse los noventa (90) días reglamentarios, o inclusive tardar años en tomar la decisión, tiempo durante el cual, el bien puede ser objeto de diversos negocio jurídicos de buena fe.

Otro efecto desfavorable que la medida evitaría, es que el victimario que aun ejerce propiedad, posesión u ocupación sobre el bien despojado, al ser enterado por la UAEGRTD de la existencia de la solicitud de registro de la víctima, proceda de inmediato a negociar la propiedad, posesión u ocupación que ejerce, y de esta forma, librarse del trámite judicial, e involucrar a un tercero de buena fe en una disputa en desventaja, ya que por las dificultades probatorias, le será casi imposible combatir en el proceso, siendo un afectado colateral, pero ahora de la Ley 1448 de 2011.

La propuesta tiene como fundamento, no solo el alcance la medida cautelar como elemento garantizador del derecho, sino el principio de buena fe regulado por el artículo 5 de la Ley 1448 de 2011, en favor de las víctimas del conflicto armado en Colombia.

5. Conclusiones

Todas las disposiciones que se encuentran contenidas dentro de la ley 1448 de 2011 responden a un escenario de justicia transicional, concebido por el legislador para garantizar la normalización de las relaciones en el contexto del posconflicto o conflicto reducido, su dicho entonces, el de las normas, es necesariamente compatible con la naturaleza especial de la modalidad de justicia referenciada, por tanto la regulación allí plasmada refleja ya los intereses del constituyente primario para remediar los estragos de la violencia en el país, interpretaciones del articulado de la ley más allá de su expresión so pretexto de realizar los fines de la justicia transicional es una afrenta contra la potestad reguladora del congreso de la república.

Distinto resulta dar aplicación a normas ajenas a la ley de restitución de tierras y reparación de víctimas para conseguir su efectiva materialización. Debe comprenderse que aunque es especial, tal disposición hace parte de un todo normativo en que sobresale la realización de la Constitución nacional.

Se evidencia que el legislador concentró las garantías de la ley de restitución de tierras en el proceso judicial y no previó hacerlas extensivas al procedimiento administrativo, ello en consideración a la desigualdad probatoria que existe tanto en una como en otra lo cual

podría conllevar a generar obstáculos a la víctima para el logro de su propósito, tanto así que la supervivencia de las pretensiones de ésta dependen necesariamente del agotamiento de la primera para poder acceder a la segunda.

La tutela judicial efectiva es un principio constitucional y un derecho fundamental, por ende debe irradiar tanto la etapa administrativa (desde el principio) como la etapa judicial, en razón a que es un elemento integrante del debido proceso, cuyo objetivo es garantizar integralmente el logro del conjunto de derechos que asiste a las víctimas en general.

Son requisitos mínimos que debe probar sumariamente la parte que solicita una medida cautelar, la “*fumus boni iuris*” o apariencia de buen derecho y el “*periculum in mora*” riesgo por la demora del trámite procesal, así como la legitimación para pedirla. Así las cosas, aun cuando la medida puede ser procesal (preventiva y anticipatoria) o extraprocesal (anticipadas), no varía su obligatoriedad de demostrar los requisitos expuestos. Adicionalmente, su calidad de ser jurisdiccionales no se altera, pues es función del Juez recibir la solicitud y decidir su decreto.

De nada sirve la previsión de un proceso garantista dotado de presunciones prácticamente imbatibles para el demandado, que seguramente finalice con una decisión favorable a la víctima, si para poder llegar al debate propio del mismo hay que agotar un requisito de procedibilidad que es en verdad una gran barrera de acceso a la tan anhelada etapa judicial, pues el peticionario puede ver truncada su solicitud de inscripción del predio si aparece un opositor que acredite mediante los medios de prueba convencionales, su calidad de propietario, poseedor u ocupante de buena fe, caso que podría conllevar al no registro del predio ante la UAEGRTD, dejando a la víctima sin posibilidad de acudir al proceso, permaneciendo en el mismo estado de incertidumbre y desamparo con el que acudió inicialmente.

Si bien es cierto que la institucionalización de las presunciones legales respecto de la buena fe del reclamante y la mala fe del opositor son herramientas jurídicas necesarias para garantizar la efectividad de la ley 1448 de 2011, no es menos cierto que la presunción de la mala fe del opositor trae consecuencias gravosas para terceros de buena fe que podrían considerarse como un perjudicado de la Ley, en el entendido de la violación de derechos subjetivos de un comprador inocente que nada tiene que ver con los actores armados, situación que ratifica la poca visión que posee la ley respecto de terceros ingenuos a los que el victimario traslape las consecuencias que afrontaría en un futuro proceso.

No menos gravosa es la situación que resulta luego de las cadenas de despojo que seguramente se presentaran en la mayoría de los casos, donde terceros de buena fe van a tener que asumir la defensa de sus intereses sobre un debate cuya causa primigenia les es ajena, pues deberán afrontar el peso de una carga procesal dotada de una presunción es su contra –la mala fe- no desvirtuable por los instrumentos de prueba convencionales. Todo por el desconocimiento de que el inmueble sobre el cual efectuaron alguna negociación estaría sujeto a un proceso de restitución de tierras y con la convicción a ciegas de que su adquisición no reviste algún problema, terminan comprando un litigio que los equipara y somete a las reglas que debe enfrentar el verdadero victimario.

La medida cautelar propuesta y que consiste en la inscripción de la mera solicitud de registro del predio realizada por la víctima ante la UAEGRD en el certificado de libertad y tradición con fines meramente publicitarios, permitiría de cierta forma, evitar que los terceros de buena fe se vean incurso en un trámite judicial complicados, donde el mayor logro que podrán conseguir es una compensación económica, pero garantizando un desarraigo que podría considerarse injustificado, atendiendo su recto e intachable proceder.

Bibliografía

1. ALVARADO VELLOSO Adolfo, *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, “El Procedimiento Cautelar y la Solución Urgente de una Pretensión”, Ediciones Libre, Bogotá, 2013, páginas 833 a 888.
2. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Decreto 1400 del 6 de Agosto de 1970.
3. ----- Ley 1564 del 12 de Julio de 2012.
4. ----- Ley 57 del 26 de Mayo de 1873.
5. ----- Constitución Política de 1991.
6. ----- Ley 1448 de 2011. (10 de Junio de 2011).
7. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, C-379 de 2004 Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. D – 4974.
8. -----, Sala de revisión, Sentencia C-037 de 1996, 05 de Febrero de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, P.E.-008.
9. ----- Sala Plena, Sentencia C 454 de 2006, 07 Junio de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño. D-5978.
10. *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párrafo. 24.*
11. FORER, Andreas. “Concepto y alcance de la justicia transicional”. *IV Congreso Internacional de Derechos Humanos, Justicia transicional, experiencias compartidas sobre procesos de paz*. 2013. Bogotá. Universidad Autónoma de Colombia. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=zL91-uYnAxE> (10.06.2014)
12. HERNÁNDEZ Luz Eugenia, *Medidas cautelares en procesos de alimentos*; en Publicación en revista universitaria. Revista Holística Jurídica. Universidad de San Buenaventura. seccional medellín. issn 0124-7972. n° 4 – julio de 2008.
13. ICTJ, Centro Internacional para la Justicia Transicional. “¿Qué es la justicia transicional?”. *ICTJ centro internacional para la justicia transicional*. 2009. New York-U.S.A. Recuperado de: <http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional> (10.06.2014)
14. LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, Undécima Edición, 2012, página 1091.
15. LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, Undécima Edición, 2012, página 1090.
16. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo I, parte general, Bogotá, Dupré Editores, 2009, p. 1074, que acertadamente considera que: “por sí mismas no tienen razón de ser. Dado su carácter asegurativo sólo se justifican cuando actúan en función de un proceso al cual acceden o

- accederán debido a que el hecho de que se puedan practicar antes de iniciado un proceso no les quita la característica”.
17. PARRA QUIJANO Jairo, en *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, “Medidas Cautelares Innominadas”, Ediciones Libre, Bogotá, 2013, páginas 301 a 318.
 18. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El Proceso Civil Colombiano*. Cuanta edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Página 373.
 19. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El Proceso Civil Colombiano*. Cuanta edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Página 373.
 20. SAMPER, Miguel. “Justicia transicional en Colombia” Viceministro de política criminal y justicia restaurativa del Ministerio de Justicia y del Derecho. *I Foro de Justicia Transicional Bucaramanga* 3 y 4 de Abril de 2014. 2014. Bucaramanga. Universidad Santo Tomas de Aquino. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=VIIjtJfeI-A> (31.05.2014)
 21. VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. “Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso”. P. 171