

DE LA TUTELA CAUTELAR INNOMINADA Y LA POTESTAD
DISCRECIONAL DEL JUEZ*

Semillero de Derecho Procesal de la Pontificia
Universidad Católica de Valparaíso, Chile**

*Natalia Cabrera Karstulovic^I, Constanza Nicole Held Barría^{II},
María Victoria Barrera Gacitúa^{III}, Aracelli Daniela Caballería Morales^{IV},
Fernanda Carolina Maldonado Meneses^V, Carolina Andrea Miranda Oyarzún^{VI},
Ignacio Agustín Muñoz Sanhueza^{VII}, Miguel Ángel Reyes Henríquez^{VIII},
Carolina Nicole Romero Araya^{IX}, María Jesús Serey Sardá^X*

Director: Álvaro Javier Pérez Ragone^{XI}

* Artículo inédito. Recibido 26 de febrero de 2015 – Aprobado el 7 de agosto 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 de 2014 en la ciudad de Cartagena, la cual quedó entre los finalistas y mejor escritas del Concurso.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^I Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^{II} Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^{III} Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^{IV} Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^V Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^{VI} Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^{VII} Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^{VIII} Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^{IX} Estudiante de V año de Derecho y coordinadora del Semillero de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^X Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

^{XI} Director del grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal, docente y director del Departamento de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

RESUMEN

En el estudio de las medidas cautelares se pueden distinguir varios tipos de éstas, siendo una de ellas las medidas innominadas y anticipatorias. Éstas han sido criticadas por ser una facultad que se le otorga al juez de manera discrecional, y es por eso que el enfoque de este trabajo será ver los derechos con los cuales se relacionan, los límites que debe tener esta potestad discrecional del juez, su conveniencia en la incorporación a los ordenamientos jurídicos y su evolución a través del tiempo, hasta llegar a la concepción que de ellas tiene la doctrina moderna.

Palabras claves: medidas cautelares, medidas anticipatorias, discrecionalidad, proceso, seguridad jurídica.

ABSTRACT

In the study of the precautionary injunctions we can distinguish several types of these, one of them being the nameless and anticipatory injunctions. These have been criticized for being a power that is given to the judge of discretion, and that is why the focus of this work will see the rights to which they relate, the limits should have that discretion of the judge, his convenience in addition to the laws and their evolution over time, reaching conception of them has the modern doctrine.

Key words: precautionary injunctions, anticipatory injunctions, discretion, process, legal certainty

1. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS: ASPECTOS GENERALES

1.1 Historia y evolución¹

La construcción dogmática de las medidas cautelares, tiene a la base la idea de paliar el tiempo que demoran los tribunales en resolver los conflictos. Este tiempo puede ser a la vez uno de los grandes obstáculos a los que se enfrenta el sujeto activo, ya que el

¹ En este apartado nos guiamos por lo expuesto en el artículo de Marín Gonzales, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, año 2006, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 14- 16. Disponible en [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iKJbSWTHAH4J:www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej8/DOCTRINA/Medidas%2520cautelares%2520gr1%2520jcm%2520\(6\).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iKJbSWTHAH4J:www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej8/DOCTRINA/Medidas%2520cautelares%2520gr1%2520jcm%2520(6).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl). Fecha consulta, 16 junio 2014.

sujeto pasivo puede esperar tranquilamente el desarrollo del proceso, pues sabe que la cosa sobre la que recae el litigio, permanecerá en su poder.

Carnelutti a este respecto observaba que “cuando dos contienden acerca del disfrute de una cosa, se halla en posición indiscutiblemente superior el que la posee. Las razones de esta superioridad son prácticas e intuitivas: basta, para mencionar una de ellas, imaginar la hipótesis de dos aspirantes a una herencia importante, poseída por uno y reclamada por el otro: el poseedor tiene, por lo menos, sobre su adversario, y con mayor motivo si éste no cuenta con otros bienes de fortuna, la ventaja de sacar de la propia cosa controvertida los medios para sostener el proceso”.

Así, los ordenamientos jurídicos contemplan medidas que, agrupadas bajo diferentes nombres buscan asegurar el cumplimiento de la sentencia dictada que acoge la pretensión del demandante.

Los códigos de tradición decimonónica buscan resguardar los derechos del demandante, evitando futuros fraudes a la acción de justicia, pero no innovan en cuanto a la tenencia de los bienes mientras se tramita el proceso. Esto porque el ideal que regía en aquella época descansaba sobre el *ius natural*, pues se entendía que, si la cosa sobre la que recae el litigio permanece en manos del sujeto pasivo, esta no sufriría detrimento alguno ni sería transferida, cuestión que se sustenta en la confianza y buena fe del deudor.

Ahora bien, durante el siglo XX y principalmente a partir de su segunda mitad la tranquilidad de que gozaba el demandado ha sido puesta en entredicho. La sociedad actual cuestiona los cimientos de la tradición decimonónica. Así se ha avanzado de una concepción conservativa o precautoria de la tutela cautelar, hacia un plano anticipativo de la resolución del litigio.

1.2. Concepto y fundamento

Es de conocimiento general que en materia procesal civil el tiempo que puede transcurrir entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva es bastante prolongado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, llegando incluso a más de 10 años, demora que traerá consigo diversas consecuencias, las cuales analizaremos en detalle más adelante.

Tanto un periodo prolongado de tiempo, como uno tan acotado son perjudiciales para las partes, donde en ambos casos corren peligro sus derechos y pretensiones, pudiendo incluso llegar a afectar el derecho a un debido proceso afectando la posibilidad de tener una tutela efectiva en los derechos, sin que necesariamente hablemos de rapidez o celeridad en el proceso como objetivo fundamental del mismo. Es así como en este ámbito aparecen las medidas cautelares, que buscan paliar los posibles efectos adversos de la duración de un proceso, sin dejar de lado la necesidad de conocimiento, ponderación y análisis de toda cuestión judicial.

Las medidas cautelares no han estado ajenas a discusiones acerca de su naturaleza, concepto, regulación etc. Tradicionalmente se ha entendido que son 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”². En definitiva, son aquellas que apuntan a la conservación de la situación de hecho y/o derecho que se ve amenazada por una situación de peligro que intenta regular la medida en concreto.

Sin embargo, con el correr del tiempo, los procesos han ido evolucionando y las medidas cautelares también, ya no teniendo un sentido simplemente conservativo sino que también anticipatorio, con una finalidad más amplia que apunta más bien a adelantar el resultado de la pretensión final, sin perjuicio de esto, antes de entrar en el análisis de estas dos finalidades, es necesario que tengamos presente algunas aclaraciones conceptuales.

En la doctrina se ha distinguido³, de acuerdo a su finalidad, entre medidas cautelares conservativas e innovativas, las primeras corresponden a aquellas que “Buscan conservar el estado existente al momento de ser decretadas, para evitar la inutilidad de una ulterior sentencia definitiva”, mientras que las innovativas son aquellas que “Buscan adelantar parte de los efectos constitutivos o innovativos de la sentencia definitiva, alterando la situación de hecho existente, para evitar que la sentencia pierda su efectividad producto del retardo del procedimiento en que será dictada.” Éstas últimas a su vez son denominadas como satisfactivas, en la medida en que realicen el derecho o interés cuya tutela se pretende y anticipativas, en la medida en que adelanten los efectos de la sentencia definitiva.

Luego según la forma en que se encuentran contempladas en la legislación es que podemos distinguir entre las medidas cautelares nominadas, es decir, aquellas que se encuentran expresamente previstas por el legislador, para precaver al actor de los perjuicios producidos por el retardo en la dictación de la sentencia; y por otro lado, están las medidas cautelares innominadas es decir, aquellas que no se encuentran expresamente señaladas en la ley, y que son concedidas al juez mediante la creación por aquella de un poder cautelar general que así lo permite.

Nuestro análisis estará centrado en estas últimas, las medidas cautelares innominadas, estas pueden definirse 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

² CALAMANDREI, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945, pág. 56.

³ En este sentido se sigue la clasificación contenida en artículo virtual “Providencias cautelares” disponible en http://www.lexweb.cl/media/users/10/523229/files/49917/Medidas_cautelares_civiles.pdf. Fecha consulta , 16 junio 2014.

temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”⁴.

De esta definición podemos extraer algunos elementos⁵:

- a) La existencia de un poder de cautela general reconocido al juez para que pueda, sin mayores límites, proveer los medios que considere más idóneos para asegurar el resultado de un proceso y de la ejecución que aspira alguna de las partes
- b) El juez a la hora de escoger estos medios lo hará según su arbitrio, con criterio de oportunidad, atendiendo a las diversas circunstancias de la vida que difícilmente puede contemplar de manera absoluta la ley. Aquí es importante seguir la idea de Galeno Lacerda, quien hace presente que al hablar de arbitrio judicial no implica arbitrariedad en la decisión, sino que estamos ante una libertad de escogencia y determinación dentro de los límites de la ley.

Tratándose en definitiva de una discrecionalidad técnica que se lo concede al operador jurídico, que “hace honor a la parte más noble de la persona del juez: su razón y su conciencia, al servicio de la justicia”.

- c) El carácter cautelar que comparten las medidas innominadas con la nominadas, en orden a prevenir el riesgo que puede llevar a una ejecución ilusoria del fallo, evitando que alguna de las partes incurra en graves perjuicios hacia la otra. Razones que deben estar presente al momento de fundar la dictación de alguna de estas medidas. Así incluso se ha exigido expresamente Exigencia se encuentra algunas veces expresamente establecida en la algunos ordenamientos jurídicos para el caso de las medidas cautelares innominadas, por ejemplo en el código venezolano.

La distinción entre distintas medidas cautelares la podemos encontrar en Italia con Calamandrei⁶.

Calamandrei sostiene que “según sea la naturaleza de la relación sustancial a tutelarse mediante el proceso principal, el grado y la intensidad de la relación de

⁴ RENGEL ROMBERG, Aristides, “*Medidas cautelares innominadas*”, p. 91. Disponible en <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>. Fecha consulta, 16 junio 2014. En el mismo sentido el Código General del Proceso dispone en su artículo 590 letra c): “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”

⁵ Aquí nos guiamos por las ideas contenidas en el artículo de RENGEL ROMBERG, cit. (n.4), pp. 91-94.

⁶ Llega a esto a través de un análisis de las disposiciones legales del sistema del código de 1865, el cual vale para la caracterización de los procedimientos cautelares previstos en el código de 1942, entre los cuales se encuentran las “providencias de urgencia” (art. 700 - 702), que es la denominación que trae el nuevo Código italiano para las que CARNELUTTI prefiere llamar “providencias cautelares innominadas”.

instrumentalidad de la providencia cautelar respecto de la providencia definitiva, admite diferencias esenciales, que dan origen a grupos diversos de providencias según la función propia de las mismas.

Así, encontramos aquellas providencias que tratan de suministrar anticipadamente los métodos idóneos para conseguir que la declaración de certeza o la ejecución forzada del derecho en litigio se produzcan cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables, aquellas otras en que la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque 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 merito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho del cual se trata en el juicio de merito, caso en el cual la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida y constituye por ello una declaración interna de merito”^{7 8}.

Las medidas cautelares innominadas aparecen en un ordenamiento jurídico, cuando el legislador al regular las medidas cautelares señala algunas expresamente, correspondiendo éstas a las medidas cautelares nominadas, y a la vez, faculta al juez para que en determinados casos pueda decretar medidas cautelares a su arbitrio, dependiendo de las circunstancias del juicio objeto de su conocimiento.

“En un contraste entre las medidas cautelares innominadas y las nominadas, se puede decir que ambas tienen la misma naturaleza cautelar, ambas son temporales e instrumentales respecto a la decisión final del juicio. En este sentido, aparece que tanto la finalidad de las medidas innominadas como las nominadas, es prevenir el riesgo manifiesto de que puede resultar ilusoria la ejecución del fallo y evitar que una de las partes, pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, mientras se decide el juicio principal”⁹.

En este contexto, es válido preguntarse por el fundamento de las medidas cautelares innominadas. El principal de ellos se da en razón del extenso tiempo que los casos están en los tribunales para su conocimiento por parte del juez, debido a que un proceso se compone de una serie de etapas que son necesarias para el cabal discernimiento del juez y así poder adoptar la decisión que corresponda y sea más justa. Así Parra señala que la duración del proceso puede traer consigo dos efectos adversos: (1) hacer infructuosa la sentencia, porque por ejemplo el demandado se insolventa y para este evento existen las medidas cautelares tradicionales o típicas, los embargos y secuestros, etc., (2) o producir un daño por su duración, de ahí porque se

⁷ RENGEL ROMBERG, cit. (n.4), p. 96.

⁸ *Ibídem* v. gr. en los casos del derecho a los alimentos, o de las medidas que puedan dictarse en beneficio de uno de los cónyuges o de la prole en los procesos de separación personal, etc., en los cuales la providencia cautelar consiste en una decisión anticipada de mérito, destinado a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria se sustituya la regulación de carácter estable dictada en el proceso ordinario de mérito.

⁹ Rengel Romberg, cit. (n.4), p. 94.

diga en la letra c) del artículo 590 del Código General del Proceso: asegurar la efectividad de la pretensión¹⁰.

En este mismo sentido el Dr. Raúl Marcelo Nessier señala que las etapas del proceso pueden tener una duración incierta, tiempo en el “cual se pueden deteriorar las expectativas, la integridad personal, las pruebas, el patrimonio, la eficacia de las decisiones judiciales, y en definitiva los derechos del postulante”¹¹.

Si bien la duración incierta del proceso es el fundamento principal de las medidas cautelares innominadas, encontramos que hay un segundo fundamento, el cual menciona que el peligro en la demora consiste más bien “en el prolongarse el estado de insatisfacción del derecho reclamado en el juicio, con el peligro inminente de que llegará tarde la providencia de mérito y será ya irreparable el daño causado a la parte; lo que justifica, por un lado, la urgencia de la medida y por otro, la anticipación provisoria de los efectos de la eventual providencia estimatoria de la demanda”¹².

Así, es como a través de estos dos fundamentos se ve necesaria la existencia de estas medidas cautelares innominadas.

1.3 Reconocimiento en ordenamientos jurídicos¹³

Las medidas cautelares innominadas las podemos encontrar reconocidas en diversos ordenamientos jurídicos, tales como en el código brasileño el cual faculta al juez en general, para autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar la guarda judicial de personas y depósito de bienes e imponer la prestación de cauciones, a fin de evitar que una parte cause al derecho de la otra lesiones graves o de difícil reparación, antes de la decisión de la litis, (artículo 799, C.P.C.). Otra manifestación la podemos encontrar en el derecho alemán, ordenamiento en el cual el “poder cautelar general” aparece en la forma más amplia, en el cual el tribunal puede dictar la medida aunque no se haya acreditado la acción ni el motivo, si se presta caución por los daños que pueden derivar para la parte contraria (artículo 921, 936 Z.P.O.), y la medida puede dictarse inaudita parte también podemos encontrarlo en el código de procedimiento civil chileno en su artículo 298 (288) que dispone “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 originan.

Otras manifestaciones las podemos encontrar en el código venezolano y en el código general del proceso, en el derecho italiano, entre otros.

¹⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. “Medidas cautelares innominadas”, p. 313. Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-qui-jano.pdf>. Fecha consulta, 15 junio 2014.

¹¹ NESSIER MARCELO, Raúl, “Tutelas diferenciadas y cautelares modernas, hijas de la tutela judicial efectiva”, p.1. disponible en <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion13/tema05.html>. Fecha consulta, 16 junio 2014.

¹² RENGEL ROMBERG, cit. (n.4), p. 111.

¹³ Basado en lo dispuesto en RENGEL ROMBERG, cit. (n.4), p.93.

2. MEDIDAS CAUTELARES Y SU RELACIÓN CON LA TUTELA JUDICIAL, DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE, IGUALDAD DE LAS PARTES Y SEGURIDAD JURÍDICA

Las medidas cautelares se insertan dentro de la tutela judicial, el cual no incorpora sólo un derecho de acceso a los tribunales, sino que algo más, ya que lo que las personas buscan al recurrir al poder judicial un concreto amparo de sus derechos.

En ese sentido, Bordalí señala “El derecho a la tutela judicial tiene por objeto poner en movimiento el proceso judicial sólo para dar tutela a los derechos y, quizá también, a los intereses legítimos, de quienes concurren a los tribunales de justicia pidiendo el auxilio del Estado. No tiene este derecho fundamental por objeto un poder abstracto de acceso a la justicia, desvinculado de concretos derechos e intereses necesitados de tutela.

El derecho a la tutela judicial tiene como contenidos mínimos los siguientes: a) Derecho de acceso a la justicia; b) Derecho a que el tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho; c) Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, derecho que incluye entre sus contenidos: i) la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (o respecto de la cosa juzgada), ii) disponer de medidas cautelares, y iii) la ejecución de las resoluciones judiciales; y finalmente, d) Derecho al recurso legalmente previsto”¹⁴.

En este sentido, el autor señala que dentro del contenido de la tutela judicial se encuentra el disponer de medidas cautelares, las cuales van en el mismo fin que aquella, tutelar los derechos.

Así mismo, se puede relacionar las medidas cautelares con el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, ya que si bien todas las personas tienen el mencionado derecho, puede ocurrir que las etapas de un proceso conlleven una duración de tiempo que respete el plazo razonable, sin embargo, para el derecho o interés que se alega en juicio, sea un tiempo demasiado extenso, y sea necesario recurrir a este mecanismo de las medidas cautelares para tutelar el derecho correspondiente y así no afectar el debido proceso. En este sentido, también encontramos que las medidas cautelares se relacionan con la igualdad de las partes, ya que al decretarlas se protegerá a aquella parte que se ve en una cierta desventaja porque se puede ver afectada por un daño que será irreparable, equiparando de esta manera a ambas partes en litigio.

3. CRÍTICAS Y LÍMITES A ESTA POTESTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ

¹⁴ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista chilena de derecho*, vol. 38, n°2, p.335.

El legislador al concebir un sistema cautelar positivo, puede facultar al juez para que éste dicte las medidas cautelares que estime convenientes al caso concreto, apareciendo de este modo las medidas cautelares innominadas.

Se ha criticado esto señalando que lo que el legislador realmente está haciendo es traspasar parte de su función legislativa al juez, ya que en último término será éste quien determine las medidas cautelares. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las realidades y los problemas van cambiando con el correr del tiempo, y de este modo, el legislador al momento de ejercer su función legislativa no puede tener en cuenta cada uno de los posibles problemas que se pueden llegar a generar, y así darles una solución. En este ámbito, las medidas cautelares innominadas aparecen como un instrumento útil que tiene a su disposición el juez, quien no siempre estará obligado a decretarlas, sino que deberá verlas de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, operando como un mecanismo de justicia y de igualdad de las partes en el proceso. Operará como un mecanismo de justicia ya que si el legislador no tuvo en vista al momento de determinar las medidas cautelares el problema en el caso concreto, el juez puede solucionarlo y así darle una garantía a las partes a través de las medidas innominadas; y operará como un mecanismo que deje en igualdad a las partes, porque protegerá a aquella que se vea en una desventaja y que con el tiempo traerá un perjuicio irreparable para ella.

Se ha dicho que el legislador al otorgarle al juez esta facultad discrecional, se está consagrando un poder de cautela general, el cual es entendido como “competencia que posee cualquier órgano con función jurisdiccional para decretar, de oficio o a petición de parte, en cualquier tipo de proceso, en cualquier estado de la causa, cualquier tipo de medida idónea que tienda a la protección de determinados derechos, amenazados, puestos en peligro, dada la natural duración de los procesos, para establecer su contenido, su alcance y duración, así como la modificación, sustitución o cese de aquella”¹⁵.

Entendido de esta manera, y con lo dicho anteriormente, se ve claramente que es un instrumento a disposición del juez que lo que busca es la justicia, y es por esto que se debe tener gran cuidado en su implementación y establecer límites claros para que no se convierta en una decisión arbitraria y con esto, injusta.

Siendo el tema de este trabajo no sólo las medidas cautelares innominadas, sino que aquellas que son anticipatorias, es decir mediante las cuales se están adelantando los efectos de la sentencia definitiva, y además de que al juez se le está otorgando una facultad totalmente discrecional, es válido preguntarse sobre los límites que debe tener el juez para que no se convierta en una decisión arbitraria el otorgar o no medidas

¹⁵ KLETT FERNÁNDEZ, Selva, “Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la república oriental del Uruguay”, p. 1013. XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal 2013, Medellín, Colombia.

innominadas, y por la conveniencia de que un ordenamiento jurídico adopte o no dichas medidas.

Respecto a los requisitos que debe tener en cuenta el juez para decretar una medida cautelar innominada se encuentran¹⁶:

- i) El juez apreciará la legitimación o interés de las partes, teniendo a la vista la concepción del *fumus boni juris*.
- ii) El juez apreciará el *periculum in mora*, es decir, la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho que requiere una pronta atención. Para esto deberá considerar la proporcionalidad de la medida, es decir, debe hacer una ponderación entre los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio y, los del demandante que enfrenta el riesgo que cuando se produzca la sentencia, ésta resulte completamente inútil, porque el daño fatalmente se produjo.
- iii) Además tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, es decir, que sea el derecho del demandante más probable que el del demandado. La verosimilitud depende del contenido del derecho material de la alegación, el cual debe ser identificado con base en la tutela pretendida y en los fundamentos invocados para su obtención. De modo que la verosimilitud solamente puede ser comprendida a partir de las diferentes necesidades del derecho material.

Siguiendo al mismo autor, respecto a los requisitos que debe tener en cuenta para decretar la medida cautelar anticipatoria, se encuentran¹⁷:

1. Que lo pretendido por el demandante sea probablemente lo que se acogerá en la sentencia, lo cual supone estudiar el derecho material que legitima la pretensión. El juez para hacer esa proyección, debe estudiar juiciosamente la demanda y las pruebas que se hayan acompañado con ésta. Se requiere que teniendo retenida en la memoria la demanda, imagine el posible resultado. Así, con base en la demanda y las pruebas acompañadas, si el juez puede hacer la proposición “Si P, entonces es probable J, puede decretar la medida cautelar”.
2. Que se pruebe que se producirá un daño si no se toma la medida, ya que el juez tiene la posibilidad de decretar la medida si es necesaria. Calificar la necesidad queda a la ponderación del juez, que debe hacer un test racional si no se toma la medida (indispensable) el daño se produce, en caso contrario la debe negar. La prueba debe ejercer regencia sobre la racionalidad del juez para que se represente la imperiosa necesidad de tomar la medida. Podemos afirmar que la libertad del juez para decretarla, resulta sitiada por la necesidad

¹⁶ En esta materia seguimos a PARRA QUIJANO, Jairo, cit. (n.10) pp. 309-312.

¹⁷ PARRA QUIJANO, Jairo, cit. (n.10), pp. 315- 317.

3. La efectividad de la medida, se toma en el sentido que sea idónea.

En este mismo sentido, el ejercicio de esta delicada e importante facultad, el juez ha de atender principalmente¹⁸:

1. la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida.
2. apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación.
3. la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte.
4. apreciar si la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño.
5. todas las demás circunstancias que le lleven a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

Así se ve claramente que el juez tiene que constatar una serie de requisitos para poder otorgar una medida cautelar innominada anticipativa, ya sea de oficio, o a petición de las partes. Sin embargo, estos requisitos que a la vez constituyen límites a su potestad, para que realmente cumplan la función de tales, consideramos que deben estar expresamente establecidos por la ley, y el momento para hacer esto es aquel en el que el legislador decide otorgarle esta potestad discrecional al juez. De este modo, consagrando la potestad junto a sus límites en la ley, encontramos un mecanismo para que dicha decisión no devengue en una arbitrariedad.

Sumado a lo anterior, también se le podría exigir al juez que al momento de decretar la medida cautelar innominada anticipativa, fundamente su decisión, de esta manera se deja en claro el por qué las decretó y las circunstancias que tuvo en mente para hacerlo. Esto no es de menor relevancia, ya que recordemos que se están adelantando los efectos de la sentencia definitiva. Es por este motivo, que el juez en este momento es cuando realmente debe serlo, ver todos los antecedentes con los que cuenta, e imaginarse una posible decisión del asunto tomando en cuenta cada uno de los elementos y hacer un análisis detallado, sólo así se logrará una decisión justa para las partes.

Alterini, sostiene que “la exigencia de seguridad es propia de la condición humana, vista ella como el saber a qué atenerse, el tener un grado de certeza y estabilidad en una determinada situación generadora de confianza, y que se opone a sensaciones angustiantes de incertidumbre, intranquilidad y falta de protección”¹⁹.

La necesidad de seguridad también se ve en el mundo del derecho, así se habla de seguridad jurídica en tres dimensiones (i) la seguridad por medio del derecho que

¹⁸ RENGEL ROMBERG, cit. (n.4), p. 111.

¹⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, pp. 15-17.

consiste en la garantía dada por el ordenamiento jurídico de la protección de los derechos y de la sanción a sus transgresores; (ii) la seguridad como certidumbre del derecho consiste en la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona y la convicción fundada de su respeto; (iii) y la seguridad como estabilidad del derecho implica la existencia de un sistema legislativo ordenado en el cual las normas jurídicas son creadas por un órgano competente sujeto a procedimientos reglados, de manera que los cambios sean razonables y previsibles²⁰.

Para lograr la seguridad jurídica, es necesario que los derechos declarados por el ordenamiento jurídico, se puedan hacer valer, aún cuando sea necesaria la intervención judicial. Sin embargo, para que la tutela de derechos sea efectiva, es menester la celeridad de su protección, puesto que la tardanza hace que las demoras en la tramitación sólo vuelve inútil el reconocimiento del derecho tutela. Esto es una analogía del ya conocido aforismo jurídico “*justicia que tarda en llegar no es justicia*”.

Así, entonces, como frente a este problema, y tal como lo ha señalado Chinchilla Marín “las medidas cautelares aparecen como el instrumento para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, de manera que la sentencia que en su día declare el derecho, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente”²¹.

4. UN NUEVO ENFOQUE

Sin perjuicio todo lo ya mencionado en este trabajo, es necesario que no perdamos de vista las nuevas concepciones que vienen apareciendo en materia de tutela cautelar y tutela anticipativa. Marinoni es uno de los autores que sigue la postura en orden a distinguir ambos tipos de tutelas por tratarse de cosas que apuntan a diversos objetos.

Para este autor²², la tutela cautelar se destina a asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material, siendo una herramienta que permite obtener una satisfacción fructuosa en la pretensión definitiva. En un sentido distinto encontramos a la tutela anticipatoria, la cual es satisfactiva del derecho material, permitiendo la realización del mismo y no su seguridad, en un sentido cautelar, teniendo el mismo contenido que la tutela final, “es la tutela final anticipada con base en cognición sumaria, satisfaciendo al autor, dándole lo que anheló al proponer la acción”²³, alejándose claramente del sentido cautelar.

²⁰ Restrepo Medina, Manuel Alberto, La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo, *Estud. Socio-Juríd* vol.7 no.2 Bogotá, 2005.

²¹ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Civitas, 1991, p. 28.

²² MARINONI, Luiz Guilherme, “de la tutela cautelar a la tutela anticipativa”, p. 19 Disponible en https://www.academia.edu/1501542/De_la_tutela_cautelar_a_la_tutela_anticipatoria.

²³ *Ibidem*

No obstante lo anterior no debemos dejar el hecho de que la tutela cautelar (en un sentido tradicional, dentro de la cual encontramos a las medidas innominadas) y la tutela anticipativa si tienen aspectos en común, como la instrumentalidad y la provisionalidad, el no producir efectos de cosa juzgada material, ni su acogimiento configura prejuzgamiento, que son de ejecutabilidad inmediata, revisten carácter urgente y en ambos casos se exige contracautela²⁴.

Sin embargo podríamos decir que esta tutela anticipatoria carece de este carácter instrumental, pues más que asegurar el éxito del proceso es un fin en sí mismo al adelantar los resultados concediendo lo solicitado por el demandante en su pretensión.

Pero, fundamentalmente difieren en “la finalidad que tiene una y otra, pues mientras las cautelares tienen por fin asegurar la eficacia de la sentencia (anotación de litis, medida de no innovar, medida cautelar genérica) o de la ejecución futura de una sentencia de condena (embargo, inhibición general de bienes, interventor recaudador, secuestro, etc.), la tutela anticipada tiene por objeto la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda (tutela coincidente) cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable”²⁵.

Esta visión ha sido incluso recogida ya por algunos tribunales como ocurre con la corte suprema en Chile, la cual rechaza un recurso de nulidad por despido injustificado apreciando con claridad que se rechaza la “medida cautelar” por tener un fin mas amplio que los asegurativos, pretendiendo mas bien la pretensión de la acción deducida. confundiendo de esta manera el hecho de garantizar lo pedido en una demanda con la obtención plena de la misma, encubriendo de tal manera, por medio de una orden de no innovar, que el juez autorice lo solicitado autorizando a su vez los hechos que motivan el litigio²⁶.

²⁴ PAULETTI, Ana Clara, “Tutela anticipatoria y proceso civil en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Rev. AADP*, año VI, N°8, junio de 2012, p. 5. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TbROQyOB5AwJ:ateneoentrerriano.org/ateneistas/TUTELA%2520ANTICIPADA%2520Y%2520PROCESO%2520CIVIL%2520EN%2520LA%2520JURISPRUDENCIA%2520DE%2520LA%2520CORTE%2520PAULETTI.doc+&cd=1&chl=es-419&ct=clnk&client=safari>
Fecha consulta , 14 junio 2014.

²⁵ DE LOS SANTOS, M.: "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", en JA 1997-IV-800, misma autora en “El lanzamiento anticipado en la reforma procesal civil”, JA 2003-IV-955.

²⁶ Argumenta lo siguiente: que, por su naturaleza, la institución de las medidas precautorias tiene *como único y limitado objetivo el de asegurar el resultado de la acción deducida*. Que en la especie se ha pedido que se decrete desde luego, y sin previa notificación como medida precautoria, *la inmediata reincorporación en los cargos que desempeñaban los demandantes en la [...] en juicios del trabajo sobre nulidad de despidos*. Que, a juicio de esta Corte no puede estimarse que “*existan razones graves*” para ordenar desde luego el cumplimiento de las precautorias solicitadas, *en atención a que no se observa, con los antecedentes reunidos, que las susodichas medidas tienden a asegurar el resultado de la acción, toda vez que no procede confundir el garantizar lo pedido en una demanda, con la obtención plena de lo que con la interposición de la misma se pretende, pues aceptar otra interpretación —aún entendiéndola en la forma más amplia las finalidades de las precautorias— podría significar autorizar de manera encubierta a un Tribunal a decretar una verdadera orden de no innovar a lo obrado por particulares en relación, precisamente con los hechos que motivan el litigio*. Disponible en *RDJ.*, t. LXIX, (1972), segunda parte, sec. 2, págs. 26 y 27.

5. CONCLUSIONES

1. El desarrollo de los procesos civiles en la actualidad es lento, prolongándose en un período larguísimo de tiempo que incluso puede llegar a superar los 10 años. Durante este transcurso de tiempo el objeto del proceso puede sufrir alteraciones, causando finalmente un grave perjuicio en las partes y en la posibilidad de poder ejecutar una sentencia definitiva. Es por esta razón, entre otras, que aparecen las medidas cautelares como una solución a este problema, cuya principal función (en un principio) es poder asegurar la cosa litigiosa para que la ejecución del fallo no sea un mera ilusión.

2. Las medidas cautelares han tenido una evolución en cuanto a su enfoque a través del tiempo. Sin embargo, se encuentran íntimamente relacionadas con el derecho a la tutela judicial, el plazo razonable y la igualdad de las partes en el proceso.

3. El legislador al regular las medidas cautelares e incorporar dentro de esta regulación las medidas cautelares innominadas, le está otorgando al juez una potestad discrecional, la cual debe tener una serie de límites para que no caiga en arbitrariedad.

Sin dejar de lado que se trata de una discrecionalidad técnica entregada al juez que no implica per sé arbitrariedad.

4. A través de esta potestad el juez puede decretar una medida cautelar innominada anticipativa, con la cual está adelantando los efectos de la sentencia definitiva.

5. Se ha criticado esta facultad otorgada por el legislador al juez, porque sería un traspaso de parte de sus facultades legislativas a éste, ya que será el juez en último término quien determine cuáles serán las medidas cautelares, señalando que éste tiene un poder cautelar general. Sin embargo, se considera necesario como un mecanismo de justicia para las partes.

6. La visión tradicional de las medidas cautelares indica que la finalidad de estas es la seguridad de las pretensiones por los diversos peligros a que ella está expuesta producto del largo tiempo que demora la justicia en llegar, distinguiendo entre medidas conservativas y anticipatorias. Sin embargo con el transcurso del tiempo, esta visión ha evolucionado para algunos autores, la cual incluso ya sido recogida por la jurisprudencia en algunos casos, señalando que no podemos englobar dentro del sentido cautelar a estas “tutelas”, sino que se tratan de dos cosas distintas, que si bien pueden tener alguna que otra característica en común, siguen teniendo diferentes objetos o apuntan a distintas finalidades.

REFERENCIAS

ALTERINI, Atilio Aníbal, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista chilena de derecho*, vol. 38, n°2.

CALAMANDREI, Piero. “*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*”, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.

DE LOS SANTOS, m.: “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, en *JA 1997-IV-800*, misma autora en “El lanzamiento anticipado en la reforma procesal civil”, *JA 2003-IV-955*.

KLETT FERNÁNDEZ, Selva, “*Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la república oriental del Uruguay*”, XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal 2013, Medellín, Colombia.

MARÍN GONZALES, 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, año 2006, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MARINONI, Luiz Guilherme. “*De la tutela cautelar a la tutela anticipativa*”²⁷.

NESSIER MARCELO, Raúl, “*Tutelas diferenciadas y cautelares modernas, hijas de la tutela judicial efectiva*”²⁸.

PARRA QUIJANO, Jairo. “*Medidas cautelares innominadas*”²⁹.

PAULETTI, Ana Clara, “Tutela anticipatoria y proceso civil en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Rev. AADP*, año VI, N°8, junio de 2012³⁰.

²⁷ Disponible en https://www.academia.edu/1501542/De_la_tutela_cautelar_a_la_tutela_anticipatoria

²⁸ Disponible en <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion13/tema05.html>.

²⁹ Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>.

³⁰ Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TbROQyOB5AwJ:ateneoentrerriano.org/ateneistas/TUTELA%2520ANTICIPADA%2520Y%2520PROCESO%2520CIVIL%2520EN%2520LA%2520JURISPRUDENCIA%2520DE%2520LA%2520CORTE%2520PAULETTI.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&client=safari>



RENGEL ROMBERG, Aristides, “*Medidas cautelares innominadas*”³¹.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo*. Estud. Socio-Juríd vol.7 no.2 Bogotá, 2005.

³¹ Disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>.

