

Las medidas cautelares innominadas anticipatorias y el papel protagónico del Juez Constitucional *

Nameless and anticipatory precautionary measures and the prominent role of the Constitutional Judge

Helber Mauricio Sandoval Cumbe

Profesor Universidad Cooperativa de Colombia

helmasacu@gmail.com

Recibido: 22/01/2016 Aprobado: 18/05/2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1290>

RESUMEN

Esta disertación jurídica trata de hacer, a partir de una investigación de casos, una aproximación al fenómeno de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en el sistema jurídico colombiano y especialmente en materia de acciones constitucionales, mostrando la copiosa utilidad que ha venido adquiriendo la posibilidad para el Juez de ordenar a su arbitrio –regulado–, todas aquellas cautelas que considere necesarias a efectos de garantizar la eficacia de sus decisiones judiciales, contrarrestando de ésta manera el inexpugnable efecto que en tal éxito tiene la mora judicial. Las conclusiones del trabajo arrojan un prometedor escenario respecto del protagonismo en cabeza del operador judicial, siempre que para el ejercicio de dicha potestad, se impongan límites que al tiempo que realicen el cometido último de estos instrumentos excepcionales, se evite la afectación al equilibrio de los sujetos procesales.

PALABRAS CLAVE

Eficacia; Discrecionalidad; Medida cautelar; Proceso.

ABSTRACT

This legal dissertation, in conjunction with the cases' research, aims to realize an overview of the precautionary, nameless, and anticipatory measures phenomenon in the Colombian legal system, and particularly constitutional actions. This dissertation shows the copious utility that has enabled Judges to order, according to his/her –regulated– discretion, all cautions regarded as necessary for efficient judicial decisions, thus counteracting the impregnable effect the delay has. The conclusions show a prominent scenario with regards to the chief judicial operator as protagonist, as long as the said authority's exercise avoids affecting the subjects' procedural balance.

KEYWORDS

Efficiency; Discretion; Precautionary measure; process.

* Para la elaboración de éste texto, fungieron como investigadores auxiliares, los señores Nidia Zuleima Bastidas Andrade, Paula Clareth Cuellar Hernandez, Yamilet Martinez Jaramillo, Jorge Luis Vasquez Espinosa y Dairen Melo Muñoz, integrantes del Semillero de Investigación IPSO IURIS de la Universidad Cooperativa de Colombia

INTRODUCCIÓN

Desde el mismo inicio de su existencia, el ser humano ha debido reconocer sus limitaciones para vivir en sociedad, echando mano a todo cuanto tiene a su alcance para suplir sus deficiencias y superar las propias dificultades en orden a garantizar unas condiciones de vida mucho más llevaderas. Inicialmente en lo natural, reconoció que la procreación exigía la concurrencia de los dos (2) sexos y entendió que su posteridad y mutua ayuda, solo resultaba posible en la medida en que su grupo social fuera lo suficientemente cohesionado para sobrevivir, surgiendo así y luego, los clanes, las tribus, las ordas y la *civitas*.

Bajo esas estructuras nació simultáneamente la necesidad de crear reglas mínimas que regularan su funcionamiento para garantizar así una sana convivencia, dándose curso al derecho como instrumento regulador y definidor de muy buena parte de las relaciones en sociedad, el cual garantiza unos mínimos de respeto para el ejercicio de las libertades (López Blanco, 2012).

La complejidad de las relaciones sociales llevó luego, bajo esa misma dinámica, a la necesidad de dotar a las organizaciones de mecanismos que les permitieran regladamente resolver sus diferencias, especialmente aquellas que superaban los límites de las relaciones básicas de convivencia y que trascendían al punto de poner en riesgo su estabilidad, por lo que anticipadamente se dispuso el surgimiento de la jurisdicción, entendida como “una función a cargo del Estado consistente en la adopción de decisiones mediante las cuales debe proveer la solución definitiva, regularmente prevista por el ordenamiento en forma general y abstracta, para cada cuestión o situación problemática concreta de contenido jurídico que surja en la actividad colectiva (...) (Rojas, 2004)”¹.

Se trata de un concepto etéreo, que si se quiere, tan solo legitima ese extremo de las atribuciones estatales y justifica la existencia del juez como único

heterocomponedor permanente que de forma institucionalizada, da solución definitiva a aquellos conflictos que las partes no tuvieron a bien resolver de forma directa o simplemente porque se trata de asuntos que exceden las posibilidades dispositivas de los extremos que le integran, por involucrarse bienes jurídicos de interés general cuyo quebrantamiento fraccionaría sensiblemente el tejido social armónico.

En uno y otro caso, esto es, bien porque se trate de conflictos de naturaleza particular o porque se esté en escenarios de orden delictivo, lo cierto es que su desate no puede llevarse a cabo si no es como en todo escenario lógico, a través de un sendero debidamente organizado, que previamente dispuesto, garantice a todos sus intervinientes, un producto determinado, exitoso o no, pero en todo caso seguro y justo, que cumpla los estándares básicos de funcionamiento y de tranquilidad de tratamiento.

Ese instrumento es el *proceso*. La expresión, derivada del latín *processus*, que traduce ir hacia adelante (Real Academia de la Lengua Española, 2001; Villamil Portilla, 1999), refiere un conjunto de sucesos que se realizan con la finalidad de procurar la solución de una controversia determinada, o más concretamente, se trata del mecanismo que pone en movimiento el aparato jurisdiccional cuando la persona cree que sus derechos han sido amenazados o lesionados por diferentes razones, y acude al proceso –judicial- para procurar la materialización de los derechos y libertades reconocidas en el ordenamiento jurídico o incluso para castigar un delito (Carnelutti, 1994, p.12).

Teleológicamente, se trata de un medio eficaz que utiliza el Estado para materializar fines como el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, cuya operatividad enseña, como lo tiene dicho nuestra doctrina nacional, que se trata de un conjunto de actos jurídicos relacionados entre sí, ordenados con criterio lógico e inequívocamente

1 - Ver Rojas, M. E. (2004). Teoría general del proceso,.Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 45.

dirigidos a la emisión de un fallo o decisión (Rojas, 2004, p. 122).

Tanta importancia tiene esta concepción finalística del poder jurisdiccional, que de tiempo atrás ha llevado a erigir el proceso como en un verdadero “(...) instrumento para acceder a la solución jurídica de las cuestiones problemáticas (...)” (CConst, C-379/2004, A. Beltrán), que permite una verdadera solución jurídica, noción que aun hoy guarda vigencia y se acompasa perfectamente con los cánones constitucionales actuales, como aquellos señalados en el artículo 228 de la Constitución Política, según los cuales, “(...) La administración de justicia es función pública. (...) Las actuaciones serán públicas y permanentes (...), en ellas prevalecerá el derecho sustancial (...)” estableciendo de esta manera una finalidad jurídica y política en procura del bienestar social y protección de los derechos fundamentales, con decisiones judiciales íntegras y prevalentes en la paz, la convivencia y la armonía social.

Con todo y lo anterior, la existencia de este tipo de mecanismos no garantiza *per se*, el éxito y logro del cometido último del proceso, en tanto conseguir que el requirente obtenga del vencido la satisfacción de su pretensión o que aun en el evento de emitirse un fallo que formalmente ha satisfecho la pretensión, cuando el asunto es de esa naturaleza, no existan mecanismos que ordenen al demandado hacerlo de esa forma; incluso en los tramites penales el procedimiento puede verse truncado en su desarrollo por una serie de situaciones disfuncionales como que el procesado no acuda al trámite.

Es dinámica, absolutamente pragmática y real, extraída de la experiencia cotidiana; ha llevado a considerar que no basta con la previsión normativa de procesos y procedimientos, sino que su mismo desarrollo puede dar lugar a situaciones en las que formalmente existe interés de la Administración de Justicia por resolver el asunto, pero el decurso

procesal impide la satisfacción oportuna de la pretensión de justicia del ciudadano, problemática que ha obligado, de tiempo atrás a proponer mecanismos para superar esta deficiencia y garantizar que las decisiones judiciales, aunque no inmediatas, no sean burladas por el mero paso del tiempo y la falta de actualidad de su contenido dispositivo.

Es este el origen de los procesos² o medidas cautelares, las cuales tienen como finalidad garantizar principios constitucionales como la efectividad del fallo o el acceso a la justicia. Buscan en esencia, asegurar que el éxito del proceso sea material y no solo formal, esto es, que al final del decurso procesal, la decisión sea ejecutable e incluso, hoy por hoy, que el derecho que está siendo objeto de controversia dentro del trámite, cuando de protección se trata, no siga siendo lesionado, caso tal en el cual han de tenerse en cuenta los principios de proporcionalidad, idoneidad, instrumentalidad y variabilidad.

Constitucionalmente se las ha justificado aduciendo la necesidad de evitar que los fallos sean ilusorios, lo que sin duda ocurriría si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar su resultado, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido (CConst, C-379/2004, A. Beltrán), lo que ha llevado a sostener que se trata de “(...) 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” (CConst, C-523/2009, M. Calle), bien sea este civil, laboral, administrativa, penal y hasta en aplicaciones en jurisdicción internacional.

Empero –como más adelante se precisará-, dado el generoso espectro de posibilidades de actuación que le da al ser humano su mismo carácter libre, correlativamente los conflictos que pueden surgir en medio de sus relaciones sociales tienden a adoptar las más amplias facetas, lo que hace prácticamente nugatoria la posibilidad de establecer un mecanismo procesal único y exclusivo para tratar cada

2 - El maestro Enrique Vescovi lo define como un proceso que (...) tiene como finalidad instrumental (accesoria), de otro proceso (principal), consistente en asegurar el resultado de éste, o sea, evitar que luego de obtenida una sentencia favorable se frustre ese resultado, como consecuencia de la demora en obtener dicha resolución(...).

controversia, siendo entonces preciso fijar rutas genéricas y más propiamente en el campo de las medidas cautelares, algunas variables nominadas y tal vez de mayor uso, dejando sin embargo al Juez un espacio de libertad configurativa para que en eventos precisos y dentro de los estrictos senderos trazados por la Ley, acuda a cautelas innominadas y sin regulación específica, que con todo y ello, contribuyan en su labor de asegurar la eficacia material del proceso (Rojas, 2004, p. 226).

Justo en ese interesante escenario, ha surgido la idea de referirnos a las cautelas innominadas y generalmente anticipatorias como instrumentos que al arbitrio del Juez, contribuyen en su función de adoptar decisiones tendientes a asegurar el éxito de sus providencias futuras para que algunas disfuncionalidades —especialmente la mora judicial—, no terminen por mostrar como ineficaz una expresión judicial que aunque justa, resulte tardía y por esa misma vía, inútil de cara a la finalidad curativa que tiene para con las heridas que en el tejido social suelen generar los conflictos no resueltos.

La investigación adelantada muestra un concreto análisis de las medidas cautelares como importante elemento de apoyo a otro instrumento de tanta valía como el proceso judicial, pero se ubica especialmente en la consideración de aquellas variables no típicas de dichos instrumentos, con especial reseña de su utilización en los procesos adelantados para la protección y amparo de garantías constitucionales, escenario en el que se ha fortalecido el papel protagónico del Juez como hacedor inmediato y directo de alternativas de protección tan importantes como significativos son los intereses en juego.

Mencionaremos los antecedentes de éstos instrumentos en nuestro ordenamiento para luego reseñar su operancia en el sistema procesal y finalmente analizar algunos casos de tratamiento jurisprudencial en los que se hace notorio y de enorme valía, la facultad concedida al Juez Constitucional para echar mano de medidas innominadas de tipo provisional anticipadas, para proteger intereses fundamentales en litigio.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO

La interferencia en las esferas ajenas de actuación, no pocas veces desencadena fenómenos complejos que alcanzan la magnitud de conflictos y por esa misma vía, demandan una solución oportuna en aras a prevenir alteraciones mayores del orden social, situación que se erige en fuente última del derecho como regulador de las relaciones sociales y de la jurisdicción como instituto sucedáneo de aquel y del Estado, para darles una resolución civilizada, vinculante y coercitiva, principalmente para con aquellas controversias que simplemente rebasaron los límites y posibilidades de realización espontánea del derecho.

Fue así como surgió el derecho procesal, disciplina "encargada de establecer los mecanismos o procedimientos que han de observarse para la realización coercitiva de los derechos sustanciales reconocidos por el ordenamiento y de señalar los organismos adecuados para definirlos y hacerlos cumplir" (Rojas, 2004, p. 30), erigiéndose por lo mismo en el más excelso instrumento para el logro de la eficacia real y material de los derechos reconocidos normativamente y gracias al cual se dota a las autoridades de medios para que el precepto ideal de la norma, tenga vigencia práctica y sea realizable.

Con todo y lo anterior, la dinámica de realización de las garantías inherentes al ser humano no tiene una operancia automática ni está garantizada con la mera existencia del proceso. Esa idea puede y de hecho suele verse menguada por la concurrencia de factores disfuncionales que como la mora judicial, hacen ineficaz esta última alternativa de desarrollo judicial; así, cuanto más tarde el fallo judicial, menor es la posibilidad de materializar el deseo de justicia de los ciudadanos y correlativamente, menos legítimo será el ejercicio jurisdiccional del Estado, con todo y los efectos para la armonía social.

Esas circunstancias, unidas a otras más, han impuesto que la jurisdicción cuente con mecanismos que le permitan conjurar el irremediable perjuicio que

se puede generar a quien vio defraudada su expectativa de justicia pronta. Y es que solo de ésta manera podría hacerse efectivo el mandato supremo de satisfacción del interés de justicia que acompaña cada llamado judicial, el cual impone al Estado, el "(...) actuar de una manera efectiva y oportuna, para dar seguridad jurídica y material a los efectos que han de producir sus fallos (...)” (Quiroga Cubillos, 1991, p.9) y evitar que la lógica natural de los procedimientos termine por desdibujar el perentorio fin de resolución efectiva de conflictos que le fue otorgado por decisión común.

Se trata de las medidas cautelares, definidas en esencia como "(...) actos jurisdiccionales provisionales a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las determinaciones que adopte el Juez, es decir, que garantizan la eficacia de los procesos” (Bohórquez, M. 2011) y surgen de la necesidad de procurar decisiones judiciales que lleguen a la fibra del conflicto y garanticen que la solución, con todo y ser jurídica, no se diluya en el tránsito temporal que impone la observancia del procedimiento (López Blanco, 2012, p. 1091).

Tradicionalmente se les ha definido cómo aquellas medidas:

(...) que ya de oficio o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendentes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada (...). (Sanabria Santos, 2000, p.91)

De donde emerge con claridad el carácter preventivo (Rocco, 1977, p. 16) que poseen y que ha sido en esos mismos términos reconocido en nuestro medio por la jurisprudencia constitucional, precisando que se trata de:

(...) 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 (...). (Beltrán Sierra, 2004)

Ahora bien, reconociendo que se trata de mecanismos que se adoptan tan solo de manera provisional (Rojas, 2004, p. 225) y solamente viables en el ámbito de la jurisdicción³, debe resaltarse también su sentido instrumental o accesorio, rasgo tal vez más determinante de su contenido, en tanto se pretende con su consagración y utilización, satisfacer una urgencia procesal, lo que les hace inevitablemente dependientes del proceso al cual sirven, precisamente por estar ideadas para que ese sendero organizado de etapas, llegue a feliz término y logre colmar la expectativa de realización del derecho propuesta.

Su procedencia está supeditada en todo caso, al cumplimiento de ciertos supuestos para su puesta en práctica, entre los cuales cabe destacar (Chioyenda como se citó en López, 2012, p. 849), en *primer término*, la verosimilitud del Derecho invocado o apariencia de buen derecho, que no es otra cosa que el examen preliminar de las pretensiones invocadas en el proceso y su probabilidad de éxito, con el fin de no producir un daño grave a la persona a la cual afectará; y, en *segundo lugar*, el riesgo advertido de que la mora judicial dé al traste con la eficacia del derecho reconocido o amparado (Rojas, 2004, p. 221 a 224), salvo que sea verdaderamente necesario, pertinente e ineludible su adopción en cuanto se genere o "(...) se esté ante un peligro amenazador e inminente, el cual debe contrarrestarse con medidas de tal naturaleza que lo enerve (...)" (Quiroga Cubillos, 1991, p. 33)".

3 - Debe resaltarse éste carácter, el que se explica diciendo que con todo y que constitucionalmente este facultada la Administración de Justicia por los particulares, dicha concesión excepcional no conlleva el otorgamiento de facultades para la adopción de medidas cautelares, precisamente por tratarse de una potestad del resorte exclusivo de las autoridades instituidas de forma específica para el cumplimiento de ésta función.

Más ampliamente se ha dicho que el peligro en la demora (*Periculum in mora*) traduce el riesgo que el decurso normal de la solución de un conflicto o hecho engorroso, termine siendo inoportuno o a veces tardío, generando afectaciones graves e irreparables, lo que hace preciso acudir a las medidas cautelares para proteger sus intereses finales en el proceso. Y es que resulta más que lógico que advertidos de la imposibilidad de lograr una solución inmediata, la parte interesada no provea por asegurar la eficacia de una eventual decisión a su favor, siendo cargo del Juez el determinar el cumplimiento de los requisitos subsiguientes para el decreto de la cautela, para aquellos casos en que es viable, se dan las condiciones y resulta latente el mentado riesgo.

Complementando la anterior exigencia, es preciso también que se acredite la verosimilitud del derecho o apariencia del buen derecho (*Fumus boni iuris*), presupuesto que exige no solo analizar el grado de peligro y riesgo en que está el actor en el evento de no tomarse las medidas cautelares, sino también establecer la alta posibilidad que el solicitante tiene de que la resolución o fallo final le concederá la razón a su favor o, dicho en términos más concretos, determinar "(...) qué tantas probabilidades de éxito tiene la pretensión a la cual habrá de servir (...)" (Rojas, 2004, p. 224).

Como se observa entonces, estas medidas, con todo y la finalidad que poseen, tienen una estructuración y ante todo una teleología perfectamente definida y aunque como se verá, tienen una consagración positiva que se ajusta a las áreas del derecho, procesos y procedimientos propios de cada especialidad jurisdiccional, lo cierto es que comparten algunos supuestos etiológicos determinantes que no pueden soslayarse a la hora de evaluar su procedencia, en tanto ser necesario establecer la probabilidad de presencia del derecho y el riesgo de afectación en ausencia de la cautela.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO

Aunque el panorama dentro del cual se ha expuesto la procedencia de las medidas cautelares les muestra como medios excepcionales y en verdad accesorios, debe también reconocerse que su utilidad, tal vez por la denodada mora judicial como fenómeno endémico que afecta la gran mayoría de sistemas judiciales en el mundo, ha hecho de tales instrumentos –cuando son procedentes–, un importante medio de eficacia judicial que al tiempo que ha permitido la realización de los fines que con ellas se promete, ha contribuido a mitigar la falta de legitimidad del aparato judicial.

En efecto, hoy no solo los ordenamientos nativos sino también los sistemas supranacionales de protección de derechos, tienen prevista la posibilidad del decreto de medidas cautelares provisionales, provisorias o en general, cautelas dentro del curso de los procesos que adelantan en desarrollo de su función jurisdiccional.

Así por ejemplo, el artículo 63.2 de la Convención Americana dispone sobre el particular, que (CADH./1969):

(...) en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión (...).

Esta disposición, desarrollada a su vez en el artículo 27 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido interpretada por el alto Tribunal, expresando que se trata de un elemento más a la hora de proveer por la garantía y protección de los Derechos Humanos, siendo preciso que a efectos de su adopción, ocurran tres (3) condiciones de procedencia, a saber, la extrema gravedad, la urgencia y la necesidad de evitar daños irreparables a personas, todo lo cual denota que se trata de una protección inmediata sin la posibilidad de esperar el

normal desarrollo de un proceso, no obstante lo cual, cabe aclarar que cualquier otro hecho o argumento que se aduzca para promover ésta medida, sólo puede ser analizado y resuelto durante la consideración del fondo de un caso contencioso (Cortel DH, R. Asunto James y Otros/1988; Cortel DH, R. Asunto respecto a dos niñas del pueblo indígena Taramenane en aislamiento voluntario /2014).

Adicionalmente, el artículo 26 del mismo reglamento, reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII periodo ordinario de sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009, dispuso que en cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podría ordenar las medidas provisionales que considerara pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.

Sobre este tipo de medidas y en reciente decisión de aquel organismo, contenida en la Resolución del 28 de mayo anterior, en el caso Danilo Rueda Vs Colombia, reiteró aquel Tribunal que las medidas provisionales consagradas en su reglamento, tenían dos (2) caracteres: uno cautelar y otro tutelar (Cortel DH, R. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica/2001; Cortel DH, R. Caso Wong Ho Wing/2014, 2014). Para con lo primero –sostuvo–, se trata de mecanismos utilizados en el marco de los asuntos contenciosos internacionales cuya finalidad es preservar los derechos en posible riesgo, hasta tanto no se resuelva la controversia para asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, evitando en consecuencia que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final; y, en cuanto al sentido tutelar otorgado a tales cautelares, se indicó que se trataba de conceder una verdadera garantía jurisdiccional orientada a proteger los Derechos Humanos, buscando evitar daños irreparables a las

personas (Cortel DH, R. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica/2001).

Ya en el orden interno, la regulación en la materia es más que prolija. Así por ejemplo, en materia procesal penal, la Ley 906 de 2004, previó tales mecanismos bajo la común denominación de “medidas de aseguramiento”, aplicables a la persona del imputado, orientadas todas al éxito de la pretensión penal, en tanto lograr que una vez condenado –si así lo fuere–, cumpla su sanción y en otros casos, a asegurar el normal desarrollo del proceso penal e incluso la integridad de las víctimas.

Se trata de un listado taxativo de alternativas, cuya imposición es del resorte exclusivo del Juez con funciones de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, que solo tienen lugar cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre que además, se cumpla alguno de los siguientes requisitos (L. 906/2004, 2004, art. 308): “ (...) 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (...)”.

Pero también la Ley 1564 de 2012, señaló a partir del capítulo I del título I del libro cuarto, lo relativo a las medidas cautelares aplicables a los procesos declarativos (L. 1564/2012, arts. 588 al 597)⁴ y especialmente a los procesos de familia (artículo 598); y, en el capítulo II las aplicable a los procesos ejecutivos (arts. 599 al 602). Estas normas, al lado de las tradicionales medidas cautelares nominadas de inscripción de la demanda, el embargo y el secuestro de bienes, previeron que el Juez disponía de otros

4 - Aplicables a los procesos de sucesión y los procesos monitorios, según lo señalado en los artículos 360 y 421 ídem, respectivamente.

tipos de alternativas de medidas adecuadas al trámite de que se tratare⁵, concediéndole libertad para que adopten cualquier otro instrumento que encontrare 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 (literal c) de numeral 1 del artículo 590 *ibidem*).

Ya en materia contencioso administrativa, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, refiere lo relativo a las medidas cautelares aplicables a todos los procesos declarativos que se adelanten ante dicha jurisdicción, disponiendo que el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar, en providencia motivada, "(...) las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (...)" (L. 1437/2011, Art. 229), de acuerdo con lo allí regulado, lo que impone entender que aunque la previsión pareciere incorporar cierta libertad al operador judicial para adoptar las medidas que a bien tenga, lo cierto es que el último apartado de ésta disposición limita su ejercicio a las alternativas señaladas en dichos preceptos, las que a juzgar por lo señalado en el artículo 230 (L. 1437/2011), son las siguientes:

(...) 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso,

en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (...)

En suma, podría decirse que el sistema procesal colombiano, acogiendo la tendencia internacional, ha señalado la procedencia de las cautelares en los diferentes escenarios de actuación jurisdiccional institucionalizada, caracterizándose las medidas de orden penal que tienden a afectar la persona del imputado, con miras a asegurar que la decisión definitiva –de serle adversa-, se cumpla; y, en los asuntos litigiosos, se mantiene la tradicional previsión de medidas cautelares nominadas, prevista en razón de su uso frecuente.

3. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS ANTICIPATORIAS EN LAS ACCIONES DE ORDEN CONSTITUCIONAL

Así entonces y dada la multiplicidad de situaciones que envuelven los trámites judiciales, se ha llegado hoy a reconocer la existencia de medidas cautelares nominadas, esto es, aquellas expresamente señaladas en el ordenamiento jurídico, pero también y cada vez con mayor ahínco, las innominadas, es decir,

5 - Así por ejemplo, en materia de procesos de familia, el numeral 5 del artículo 598 *ibidem*, señala que si el Juez lo considera conveniente, también podrá adoptar, según el caso, las siguientes medidas: a. Autorizar la residencia separada de los cónyuges, y si estos fueren menores, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero; b. Dejar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero; c. Señalar la cantidad con que cada cónyuge deba contribuir, según su capacidad económica, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de estos; d. Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada, las medidas previstas por la ley para evitar suposición de parto; y, e. Decretar, a petición de parte, el embargo y secuestro de los bienes sociales y los propios, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge y los hijos tuvieren derecho, si fuere el caso.

aquellas que no gozan del señalamiento ni denominación legal o simplemente no se encuentran específicamente reguladas en la legislación, a todo lo cual se suma la posibilidad de hacerlas recaer, bien sobre bienes o bien sobre personas (Rojas, 2004, p. 226).

Recientemente el Código General del Proceso, adoptado mediante Ley 1564 de 2012, ya citada, señaló sobre el particular y en su artículo 590, que desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el Juez podía decretar.

(...) 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 (...) (L. 1564/2012, Art. 590-1.C).

Tal disposición no es sin embargo novedosa en nuestro sistema y antes por el contrario, todo parece indicar que dicha previsión acogió la amplia regulación de aquel instrumento en la normatividad que ya de tiempo atrás se ocupaba de prever ésta facultad configurativa en materia de acciones de orden constitucional.

En efecto, una muestra perfectamente verificable de este tipo de mecanismos, es el que se encuentra previsto en el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, el cual señala que antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso, podrá el Juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

En particular, le faculta para decretar las siguientes:

- (...) a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o

dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;

c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;

d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo (...) (L.472/1998, art. 25).

Como se observa, se trata de un variadísimo decálogo -abierto por demás-, de posibilidades configurativas en cabeza del Juez, a quien se le permite consolidar una cautela que adecuada a la situación vulnerante del interés colectivo en juego, garantice su protección antes de la decisión definitiva sobre su violación.

Pero tal vez en lo que resulta relevante a éste asunto, el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, prevé una de las aplicaciones más fehacientes y útiles de la facultad configurativa del Juez en materia de medidas cautelares. Señala aquella disposición que desde la presentación de la solicitud, cuando el Juez expresamente lo considerare necesario y urgente para proteger el derecho, podría ordenar la suspensión de la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere, agregando que "(...) en todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante (...)" (D. 2591/1991, Art. 7), lo que traduce una facultad amplísima complementada en la parte final de esta disposición, según la cual:

(...) 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 (...) (D. 2591/1991, Art. 7).

Con base en éstas posibilidades normativas, se emprendió el análisis de algunos casos estudiados en sede jurisprudencial, en los que acudiendo a la facultad así señalada, se utilizaron medidas cautelares anticipatorias innominadas en sede constitucional, logrando una óptima y oportuna protección al derecho fundamental invocada.

3.1. En materia de prestación de servicios públicos esenciales (Sentencia T-023 de 1995)

En esta decisión la Corte hace un análisis de la procedencia de las medidas provisionales en materia constitucional y según los mandatos del Decreto 2191 de 1991, como medio determinante para evitar la vulneración de derechos fundamentales. La acción fue interpuesta contra el alcalde del municipio de Piedras en el Departamento de Tolima, demandando la suspensión del funcionamiento del servicio de acueducto de dicha localidad, argumentando a tal efecto que el líquido suministrado no era apto para su consumo humano y al hacerlo se violaba el derecho a la vida, la salud y la dignidad.

La problemática así abordada en el fallo de primera instancia no fue sin embargo acogida y el Juez de aquella inicial decisión se limitó a ordenar una serie de medidas tendientes al mejoramiento de la calidad del agua que se suministraba, tales como la promoción de campañas de prevención, solicitud al alcalde para la implementación de planes y programas a desarrollar respecto a dicha condiciones y la estipulación de un término para la prestación adecuada del servicio de acueducto. En segunda instancia se revocó la decisión para en su lugar disponer la suspensión del servicio de acueducto y otras medidas adicionales para proveer por el logro de la solución a dicha problemática.

Remitido en últimas el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión, la Sala primera de revisión de aquel alto Tribunal, mediante auto del 13 de diciembre de 1994 adoptó como medida provisional *el restablecimiento inmediato del servicio de acueducto*, todo ello con el propósito de evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés

público de la comunidad afectada, todo ello en observancia de lo previsto en el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991: (...) no resulta aceptable el acudir a la acción de tutela para conseguir la no prestación del servicio; y que procediendo con igual o similar falta de lógica, se podrían intentar acciones de tutela para suprimir otros servicios públicos, aduciendo su deficiencia o las fallas en su prestación.

En suma y retomando la posición de la Corte Constitucional, si bien el amparo fue negado, la Sala de Revisión dispuso, desde el mismo instante de la llegada del asunto a su conocimiento, la adopción de medidas cautelares provisionales adecuadas al caso, con fundamento en la potestad judicial concedida, que buscaban en últimas proteger los derechos fundamentales de las personas afectadas con la problemática, advirtiendo que una decisión de tutela no podía llegar al punto de dejar a toda una comunidad sin el recurso hídrico a través del cierre del acueducto, despojándoles de un derecho y de un bien natural esencial para el ser humano.

3.2. En materia de protección al Derecho a la Salud (Sentencia T – 760 de 2008)

Sin lugar a dudas, el contexto de mayor sensibilidad en cuanto a los intereses involucrados en sede de tutela, es el que corresponde a la problemática del derecho a la salud.

Uno de los pronunciamientos que en mejor forma permitió conocer el alcance de éste tipo de medidas en materia de acciones constitucionales, se encuentra contenido en auto 166 del 18 de mayo de 2006. Se trataba de un trámite de tutela formulado inicialmente por el ciudadano Cristian Lopera Grajales contra Comfenalco a efectos de lograr que se ordenara a la I.P.S. de aquella organización, la práctica inmediata de algunos exámenes de carga viral, los cuales requería con prontitud y urgencia, dada la gravedad de su enfermedad, de forma que se le cubriera el total de su costo y no tan solo del 32% que proponía la entidad, argumentando a tal efecto el solicitante que carecía de capacidad económica para cubrirlos por su falta de empleo.

La entidad requerida adujo dentro del trámite que se había negado tal práctica en razón a que el peticionario carecía ya de la condición de cotizante por haber sido desvinculado de su empleo con lugar de la terminación de contrato laboral, lo que a juicio de la promotora de salud era razón suficiente para negar los servicios requeridos, aun cuando había sido allí en donde se había determinado que el accionante padecía la enfermedad del virus del VIH-SIDA. Dentro del contenido del libelo introductorio y para lo que es de nuestro interés, solicito el accionante que se le ordenara a Comfenalco E.P.S. como medida provisional, la práctica de exámenes de carga viral, pues no hacerlos pondría en alto riesgo los derechos a la vida, la salud, la seguridad social, la igualdad y la dignidad humana.

Inicialmente asignado el asunto al Juzgado 13 Civil Municipal de Medellín, dicha instancia decidió “(...) *negar la tutela por considerar que con posterioridad al vencimiento del periodo de protección laboral (...), la EPS demandada no tenía ninguna obligación frente al accionante (...)*” (CConst, A.-166/2006 M. Cepeda).

Remitido el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dicho órgano los incorpora junto a otros 21, para su decisión en sentencia T-760 de 2008, por tratarse todos de asuntos relativos a la violación del derecho fundamental a la salud. Allí, mediante Auto 166 del 18 de mayo de 2006, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, haciendo uso del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, ordenó algunas medidas cautelares provisionales, amparando los derechos deprecados, ordenando a Comfenalco E.P.S. la práctica de los exámenes de carga viral que requería el accionante.

Según la Corte Constitucional, dichas medidas se justificaban en tanto se trataba de “(...) garantizar la protección efectiva de los derechos del accionante (...)” (CConst, A.-166/2006 M. Cepeda), de forma que el acceso al servicio de salud debía ser oportuno y garantizarse al perjudicado, más aún allí en el que se trataba de una persona que padecía una enfermedad catastrófica y de alto costo, que bajo ningún pretexto podía dejar de ser atendida.

Concluyó la Corte Constitucional que las medidas cautelares son una garantía de mayor peso y protección a los derechos fundamentales de las personas, de forma que aun cuando se dieran durante el trámite de una acción de tutela, podían ser utilizadas ante la necesidad de proteger derechos fundamentales como el involucrado en aquel asunto, precisamente porque con todo y estarse ante un trámite sumario, de cortos plazos, la decisión final podría ser extemporánea frente a la necesidad de proteger garantías esenciales para la persona.

3.3. En materia de violaciones al debido proceso (Auto 035 del 8 de febrero de 2007)

En ésta providencia, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, se analizaba un trámite de tutela formulado contra la el Banco Conavi (Hoy Bancolombia S.A.) y la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por considerar que los demandados estaban vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, la defensa y la dignidad humana.

Según la acción formulada, si bien el 5 de noviembre de 1998 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín había librado en contra de la tutelante, mandamiento de pago en el proceso ejecutivo con título hipotecario promovido por la Corporación de Ahorro y Vivienda Conavi, pretendiendo obtener el pago del crédito que había sido concedido a favor de la ciudadana para adquisición de vivienda, también era cierto que el numeral 3 del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 había ordenado la terminación de los procesos ejecutivos hipotecarios iniciados antes de la entrada en vigencia de tal normatividad, disposición que dicho sea de paso, había sido objeto de pronunciamiento de constitucionalidad, en sentencia C-955 de 2000, mediante la cual se le había declarado exequible.

Mediante auto del 24 de octubre de 2005 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín concedió la acción instaurada y en consecuencia, ordenó la revocatoria del auto mediante el cual se había negado la declaración de nulidad del proceso

ejecutivo solicitada por la demandada. Tal decisión sería apelada por la entidad bancaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, instancia que revocó la decisión inicial, aduciendo que en el evento objeto de análisis, no procedía la terminación del proceso, dada la existencia de otros acreedores cuyas acreencias estaban garantizadas con el mismo bien inmueble.

Ante tal pronunciamiento, la afectada decide formular una nueva acción de tutela, esta vez en contra de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y el Banco Conavi, argumentando a tal efecto que la decisión emitida por aquel Tribunal constituía una vía de hecho en atención a que desconocía el parágrafo 3 del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, careciendo por ende de un mínimo de sustento legal y constitucional.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo, arguyendo que no se había encontrado acreditada la vulneración de los derechos fundamentales de la solicitante, por lo que impugnada aquella determinación, correspondió su desate a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, instancia que confirmó el fallo emitido por el *a quo*.

Analizando el apremiante evento, la Corte Constitucional decide decretar la suspensión provisional del remate del inmueble, invocando a tal efecto la protección del derecho fundamental al debido proceso, asegurando así que la decisión de fondo que ha de adoptar la sala de revisión no carezca de eficacia material (CConst, A.-035/2007 H. Sierra).

La decisión de fondo de este caso fue adoptada por la sentencia T – 147 de 2007, sentencia en la cual la sala de revisión observó que la mera existencia de otros procesos ejecutivos en los cuales había sido decretado el embargo del remanente y el de los bienes que lleguen a ser desembargados, no conjuraba la aplicación de los alivios creados por la Ley 546 de 1999, pues de acuerdo al texto de aquella normatividad, la concesión de tales beneficios no estaba condicionada a la existencia de un único crédito (CConst, T-147/2007, H. Sierra).

La Corte resuelve revocar la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en su lugar, tutelar los derechos al debido proceso y al acceso a la justicia de la señora Gloria Amparo Rey Sáenz.

Lo realmente relevante para el caso, es que la medida adoptada lo fue en medio del curso normal de un proceso ejecutivo en el cual se había ordenado el remate de un bien inmueble embargado. Es allí en donde se evidencian con claridad las amplias facultades otorgadas al Juez constitucional para que removiendo cualquier obstáculo y con el solo argumento de conjurar, mitigar o hacer cesar la violación a un derecho fundamental, ordena la adopción de una medida cautelar anticipada e innominada.

CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta el momento y a manera de conclusiones de la investigación adelantada, puede afirmarse lo siguiente:

Si bien es cierto las medidas cautelares han sido instituidas inicialmente como mecanismos accesorios e instrumentales que solo excepcionalmente, y en los casos autorizados por la Ley puede ser utilizados, es lo cierto que cada vez con mayor frecuencia, su uso se ha convertido en la mejor de las alternativas para asegurar la eficacia de las decisiones judiciales. A esta conclusión se llega tras la evidente incidencia que tienen los altos índices de morosidad judicial, los cuales dan al traste con el fin último de justicia que pretende alcanzar el ejercicio jurisdiccional del Estado.

En cuanto tiene que ver con la facultad del juez para adoptar a su criterio (innominadas) las cautelas que le permitan dar posterior eficacia a sus decisiones, en aras de la protección de los intereses involucrados dentro del trámite, resulta más que conveniente la previsión generalizada de esta posibilidad. Si bien es cierto la moderna ciencia del Derecho procesal tiende a la reducción de los tramites y la consagración de procedimientos estándar para litigios de naturaleza similar, ello no puede transpolarse a la

tipificación de medidas cautelares en número y condiciones determinadas.

Es evidente que la vanguardia en el otorgamiento de facultades al Juez para la adopción de cautelas innominadas está en cabeza de los tramites en los que se debaten garantías inherentes al ser humano, especialmente aquellas que tocan con sus derechos fundamentales, colectivos y sociales, todo lo cual se explica a partir del fundamento de los intereses sustanciales que se encuentran en juego. Allí es más que explicable que sea el Juez en cada caso el que determine los medios para hacer cesar la vulneración que sobre los mismos, evitar un daño futuro o conjurar un perjuicio irremediable.

Con todo y lo anterior bien podría revisarse la extensión de esta facultad a los procedimientos tradicionales en los que sin afectar el equilibrio de las partes dentro del proceso, incrementando injustamente las cargas procesales a favor o en contra de alguna de las partes y con observancia del debido proceso, se dejará en manos del Juez la posibilidad de conjurar aunque fuese en mínima forma el evidente mal que a la administración de justicia le viene causando la mora judicial.

Creemos también que esta posibilidad no puede hacerse extensiva a los tramites penales; en este caso, si bien es cierto los intereses predominantes se orientan a hacer justicia en el caso concreto y sancionar al responsable de un delito, ello no puede desembocar en una afectación excesiva a los derechos del procesado, siendo lo adecuado que sea la Ley la que conserve el monopolio taxativo de tales cautelas.

Finalmente creemos también que así como se pregonaba el otorgamiento de facultades al Juez para que configure alternativas de cautelas, deben en todo caso fijarse límites a su ejercicio, en cuanto a legitimación, alcance y cargas a la parte favorecida para que su ejercicio no termine por otorgar una facultad discrecional exagerada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Couture, E. J. (1953). Notas para un Vocabulario de Derecho Procesal. Revista de la Facultad de Derecho de México , Sección de Previa (10), 115-141.
- López Blanco, H. F. (2012). Procedimiento Civil (Undécima ed., Vol. I). Bogotá D.C.: Editores Dupré.
- Malagón Bohórquez, P. H. (2011). Superintendencia de notariado y registro. Recuperado el 05 de Mayo de 2014, del sitio web: <http://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/registro/TallerRegistral2011/memorias%20medidas%20cautelares.pdf>
- Quiroga Cubillos, H. E. (1991). Procesos y Medidas Cautelares (Segunda Edición ed.). Bogotá D.C.: Ediciones OKEY Impresores.
- Real Academia de la Lengua Española. (2001). Versión electrónica del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española., Recuperado el 12 de Junio de 2014, de <http://lema.rae.es/drae/?val=proceso>
- Rocco, U. (1977). Tratado de Derecho Procesal Civil, V Proceso Cautelar. Bogotá, Buenos Aires.: Temis, Depalma.
- Rojas, M. E. (2004). Teoría General del Proceso. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sanabria Santos, H. N. (2000). Configuración Procesal de la Pretensión de Tutela. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Véscovi, E. (1984). Teoría General del Proceso. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Villamil Portilla, E. (1999). Teoría Constitucional del Proceso. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- CConst, A.-035/2007 H. Sierra.
- CConst, A.-166/2006 M. Cepeda.
- CConst, C-379/2004, A. Beltrán.
- CConst, C-523/2009, M. Calle .
- CConst, T-023/95 J. Arango, T-023/95.
- CConst, T-147/2007, H. Sierra.

REFERENCIAS NORMATIVAS

- D. 2591/1991 (Presidente de la República de Colombia 19 de Noviembre de 1991).
- L. 1437/2011 (Congreso de la República 18 de Enero de 2011).
- L. 1564/2012 (Congreso de la República 12 de Julio de 2012).
- L. 906/2004 (Congreso de la República 1 de Septiembre de 2004).
- L.472/1998 (Congreso de la República 5 de Agosto de 1998).