

BALANCE DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA TUTELA CAUTELAR JUDICIAL*

*Manuel Alberto Restrepo Medina***
Universidad del Rosario

RESUMEN

La tutela cautelar judicial constituye una manifestación del derecho de acceso a la justicia y en ese orden de ideas hace parte de uno de los derechos fundamentales de las personas. En tal virtud, la determinación de su alcance corresponde al máximo juez de esa jurisdicción, que es la Corte Constitucional, y por ello se propone en el presente artículo identificar los planteamientos efectuados desde la jurisprudencia constitucional sobre la tutela cautelar judicial a la luz de las categorías analíticas que de la misma han ocupado la atención de la doctrina, y a partir de aquéllos, formular algunas reflexiones críticas sobre lo que podría hacerse para incrementar el papel que la tutela cautelar judicial debe jugar en función de la eficacia del derecho de acceso a la justicia.

Palabras clave: tutela cautelar judicial, medidas cautelares, acceso a la justicia.

*Fecha de recepción: 23 de junio de 2006
Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2006*

* El presente artículo hace parte de una investigación desarrollada por el autor sobre la perspectiva constitucional de la tutela cautelar judicial, auspiciada institucionalmente por la Universidad del Rosario.

** Abogado. Especialista en Legislación Financiera. Magíster en Estudios Políticos. Magister en Derecho Administrativo. Magíster (DEA) en Derecho Procesal. PhD en Derecho. Profesor principal de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Dirección: Calle 14 # 6-25 Bogotá, correo electrónico: marestre@urosario.edu.co

BALANCE OF THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE ON THE JUDICIAL PREVENTIVE TUTELAGE

ABSTRACT

The judicial preventive tutelage constitutes a manifestation from the access right to the justice and in that order of ideas it makes part of one of the fundamental rights of people. In such a virtue, the determination of its reach corresponds the maximum judge of that jurisdiction that is the Constitutional Court, and in and of itself this article presently to identify the actual positions from the constitutional jurisprudence on the judicial preventive tutelage by the light of the analytic categories that have occupied the attention of the doctrine of the same one, and starting from those, to formulate some critical reflections on what could be made to increase the paper that the tutelage preventive judicial debit side to play in function of the effectiveness from the access right to the justice.

Key words : *judicial preventive tutelage, precautionary measures, access to the justice.*

INTRODUCCIÓN

La demora en la tramitación de los procesos judiciales hace que la decisión que en definitiva se adopte pueda resultar ilusoria, en la medida en que el afectado por la misma puede adelantar acciones que le permitan poner a buen recaudo sus bienes y colocarlos por fuera del alcance de la justicia o tomar las previsiones necesarias para que la sentencia que le sea adversa resulte imposible de ejecutar.

En razón de lo anterior, los distintos ordenamientos han previsto mecanismos para garantizar que las decisiones judiciales que en definitiva se adopten se hagan efectivas. Esos mecanismos no son otros que las medidas cautelares, como dispositivos establecidos por el ordenamiento para prevenir esas afectaciones al bien o al derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana; de esta manera, la tutela cautelar constituye una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceder a la justicia.

Desde esa perspectiva, al corresponder el régimen de la tutela cautelar judicial al desarrollo del derecho constitucionalmente protegido de acceder igualitaria y efectivamente a la justicia, resulta pertinente identificar la manera en que ese régimen ha sido interpretado por la autoridad judicial encargada de velar por la protección de ese derecho. En otras palabras, cuál ha sido la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el régimen general de la tutela cautelar judicial en función de su deber de garantizar la realización del derecho de acceso a la justicia.

Así, en el presente artículo se presenta el resultado de una revisión sistemática de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el régimen de la tutela cautelar judicial de acuerdo con las categorías que lo han estructurado en su construcción doctrinaria, y a partir del estado de la misma se efectúan unas consideraciones acerca del enfoque que permitiría afianzar en nuestro medio el alcance de la tutela cautelar judicial como mecanismo de protección eficaz del derecho de acceso a la justicia.

1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA TUTELA CAUTELAR JUDICIAL

1.1. Justificación de las medidas cautelares

Desde los autores clásicos ha sido universalmente aceptado que la tutela cautelar judicial es un instrumento que sirve 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 íntegramente¹. Así, al obtenerse la eficacia de la administración de justicia, los derechos cuya existencia y protección es declarada por el ordenamiento pueden hacerse efectivos, preservándose la seguridad jurídica².

La Corte Constitucional ha seguido de cerca estos planteamientos que justifican la existencia de las medidas cautelares, y en ese orden de ideas ha señalado que ellas desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un

1 Al respecto pueden consultarse las obras de CARNELUTTI y CALAMANDREI, cuyas aproximaciones conceptuales han servido de referente para todas las generaciones posteriores de procesalistas y doctrinantes sobre la materia. A manera de ejemplo, su influencia puede verse en las obras de CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 28 o de ROJAS GONZÁLEZ, GERMÁN EDUARDO, *Esencia y trámite de la función cautelar*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1996, pág. 2.

2 Sobre el concepto de seguridad jurídica puede consultarse a ALTERINI, ATELIO ANÍBAL, *La inseguridad jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 15-17.

elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal.

Así, la Corte³ desarrolla de manera sistemática esos elementos al considerar:

1. que las decisiones de los jueces deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que poco sentido tendría que los jueces resolvieran las controversias, pero sus decisiones resultaran inocuas en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutadas;
2. que todas las personas deben tener un acceso efectivo e igual a la justicia, y es obvio que ese acceso no debe ser puramente formal, por lo cual ellas tienen entonces derecho a que el ordenamiento establezca mecanismos para asegurar la efectividad de las decisiones judiciales que les son favorables; y
3. que es necesario que el derecho de acceso a la justicia contribuya a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que asegure que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces.

Esos tres propósitos se logran con las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. Sin embargo, la Corte considera que aunque el legislador goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio.

Ello refleja la tensión que hay entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales, y el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso.

Precisamente, concluye la Corte, por esa tensión es que la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para

3 Corte Constitucional, sentencias C-490-00 de mayo 4 de 2000, MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y C-039-04 de enero 27 de 2004, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

que se pueda decretar una medida cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados, y que son los que se examinan más adelante como presupuestos de las medidas cautelares.

1.2. Delimitación conceptual

A pesar de la aceptación de la protección cautelar de los derechos debatidos en juicio, no existe unanimidad en la doctrina acerca de su carácter, en la medida en que para un sector esa protección se logra a través de los denominados procesos cautelares⁴, mientras que para otro ella corresponde a las llamadas medidas cautelares⁵.

La Corte Constitucional no toma partido por ninguna de las dos aproximaciones, y en ese sentido indica que las medidas cautelares a veces asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos cuando ellas constituyen precisamente la finalidad o el objetivo del mismo, pero también, y esta es la generalidad de los casos, dichas medidas son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo, o en materia penal con el embargo y secuestro de bienes del imputado⁶.

Por esta razón, se acoge para los efectos del presente artículo la denominación de tutela cautelar judicial, considerando la concurrencia de las posiciones expuestas, cuyo denominador común es la referencia a todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro para proteger la probabilidad de un poder jurídico radicado en cabeza del interesado y cuya duración depende de la del proceso principal⁷.

4 De este criterio son partidarios CANELLUTI, FRANCESCO, *Instituciones del nuevo proceso italiano*, trad. de JAIME GUASP, Bosch, Barcelona, 1942, pág. 62; CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de derecho procesal civil*, t. 1, Reus, Madrid, 1977, pág. 283; QUIROGA CUBILLOS, HÉCTOR ENRIQUE, *Procesos y medidas cautelares*, Okay Impresores, 2ª ed., Bogotá, 1991, págs. 28-30.

5 De este criterio son partidarios SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL y RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Gráficas M. Pareja, Barcelona, 1974, pág. 5 y SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, "Medidas cautelares en los procesos civiles y laborales", en ARDILA MORENO, ORLANDO, comp. *Contribuciones a la ciencia jurídica*, Editorial Diana Colombiana, Bogotá, 1984, pág. 279.

6 Corte Constitucional, sentencias C-054-97 de febrero 6 de 1997, MP ANTONIO BARRERA CARBONELL y C-840-01 de agosto 9 de 2001, MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

7 Las definiciones que han sido empleadas para la elaboración de este común denominador doctrinal, pueden encontrarse en RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Enjuiciamiento civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 723; FÁBREGA PONCE, JORGE, *Medidas cautelares*, Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, pág. 25; CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *op. cit.*, pág. 28; ROJAS GONZÁLEZ, GERMÁN EDUARDO, *op. cit.*, págs. 1-2; LÓPEZ PEÑARANDA, GERARDO, *Extinción del dominio, Alternatividad penal y medidas cautelares en el proceso penal*, Librería Jurídica Radar, Bogotá, 1998, págs. 7-8.

La Corte Constitucional ha seguido la misma línea trazada por la doctrina, y en ese orden de ideas ha considerado que las medidas cautelares son actos o instrumentos propios del proceso, mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las medidas necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso⁸.

Con posterioridad y en forma más detallada, ha dicho que las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin⁹.

1.3. Objeto

La finalidad implícita en el concepto ha servido para encaminar la delimitación de su objeto, el cual se ha determinado como la realización completa de un derecho que se quiere proteger mediante la aplicación de medidas específicamente preventivas, en razón a los obstáculos que pueden interponerse para la actuación del derecho, así en el momento en que se hacen necesarias solamente sean verosímiles o simplemente presumibles¹⁰.

De manera reiterada, la Corte Constitucional ha sostenido que las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo, el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la

8 Corte Constitucional, sentencia C-431-95 de septiembre 28 de 1995, MP HERNANDO HERRERA VERGARA.

9 Corte Constitucional, sentencia C-925-99 de noviembre 18 de 1999, MP VLADIMIRO NARANJO MESA, reiterada por las sentencias C-634-00 de mayo 31 de 2000, MP VLADIMIRO NARANJO MESA, C-1064-00 de agosto 16 de 2000, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS y C-774-01 de julio 25 de 2001, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

10 Sobre la definición del objeto de la tutela cautelar judicial pueden consultarse GARCÍA SARMIENTO, EDUARDO, Medidas cautelares. Introducción a su estudio, El Foro de la Justicia, Bogotá, 1991, pág. 9; ZAVALA BAQUERIZO, JORGE E., *El proceso penal*, t. III, Edino, 3ª ed., Bogotá, 1990, págs. 155-157; SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 273; LÓPEZ PEÑARANDA, GERARDO, *op. cit.*, págs. 10-11; ROJAS GONZÁLEZ, GERMÁN, *op. cit.*, págs. 4-5.

actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado¹¹.

En alguna oportunidad, la Corte se ha valido del derecho internacional, señalando que de conformidad con lo acordado por el Estado colombiano en la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, éstas presentan como finalidad garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes, o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral, y en procesos penales en cuanto a la reparación civil¹².

De manera más resumida, pero siguiendo la misma línea jurisprudencial, en sentencias posteriores la Corte Constitucional ha dicho que el objeto de las medidas cautelares consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial¹³, para llegar a sintetizar su pensamiento señalando que las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la efectividad de lo que se resuelva en la sentencia, al punto que sin ellas en numerosas ocasiones el proceso resultaría inocuo y el fallo meramente ilusorio¹⁴.

1.4. Naturaleza jurídica

En la doctrina, la determinación de la naturaleza jurídica de la tutela cautelar judicial ha oscilado entre quienes la consideran como un proceso de facilitación de efectos que corre paralelo al proceso principal, configurándose como un verdadero *tertium genus* —que se añade a los de cognición y ejecución— y quienes la definen como un procedimiento que anticipa parte de las actuaciones que forman la ejecución futura, cuyo carácter instrumental le impide contar con la autonomía propia del proceso, ya que la cautela por sí sola no se justifica, pues ella es el medio de protección de un derecho o estado que peligr¹⁵.

11 Al respecto, véanse las sentencias C-054-97 de febrero 6 de 1997, MP ANTONIO BARRERA CARBONELL, C-187-99 de marzo 24 de 1999, MP MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO, C-840-01 de agosto 9 de 2001, MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA y C-485-03 de junio 11 de 2003, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.

12 Corte Constitucional, sentencia C-1064-00 de agosto 16 de 2000, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS.

13 Corte Constitucional, sentencia C-774-01 de julio 25 de 2001, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

14 Corte Constitucional, sentencia C-482-02 de junio 25 de 2002, MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

15 Acerca de la naturaleza jurídica de la tutela cautelar judicial véanse QUIROGA CUBILLOS, HÉCTOR ENRIQUE, *op. cit.*, págs. 10-11; FÁBREGA PONCE, JORGE, *op. cit.*, pág. 30; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, págs. 727-728; CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *op. cit.*, pág. 53; GARCÍA SARMIENTO, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 11.

Así como la Corte no adopta una posición propia sobre la delimitación conceptual de la tutela cautelar judicial entre proceso cautelar y medida cautelar, sino que se limita a presentar esas dos posturas, en torno a su naturaleza jurídica tampoco asume una posición determinada frente a las tesis expuestas por la doctrina, sino que opta por hacer referencia a los dos extremos, sin censurar ni ponderar a ninguno de ellos, indicando que en unas ocasiones las medidas cautelares asumen el carácter de verdaderos procesos autónomos cuando ellas constituyen precisamente la finalidad o el objetivo del mismo, y en otras oportunidades, que son la mayoría, las medidas son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a su existencia¹⁶.

1.5. Características

Con una y otra aproximación, lo cierto es que al margen de la naturaleza jurídica que se le atribuya a la tutela cautelar judicial, la doctrina le asigna un conjunto de características —cuya sumatoria y concurrencia es la que permite determinar su existencia— sin las cuales dejarían de ser bien procesos cautelares o bien medidas cautelares: jurisdiccionalidad, instrumentalidad o litispendencia, provisionalidad, homogeneidad con las medidas ejecutivas, sumariedad, urgencia, mutabilidad, preventividad, accesoriedad y taxatividad. El conjunto de todas estas características es lo que permite diferenciar un proceso cautelar o una medida cautelar de otros institutos procesales con los cuales guarda semejanza.

La Corte Constitucional ha efectuado el reconocimiento de la mayoría de esas características y a partir de ello, ha precisado el alcance que cada una de ellas tiene en función de su finalidad. A continuación se precisan los planteamientos efectuados en cada caso por esa corporación.

16 Corte Constitucional, sentencias C-054-97 de febrero 6 de 1997, MP ANTONIO BARRERA CARBONELL y C-840-01 de agosto 9 de 2001, MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

1.5.1. Jurisdiccionalidad¹⁷

A partir del reconocimiento de esa característica¹⁸, la Corte Constitucional ha manifestado que de acuerdo con la Carta Política corresponde al legislador establecer las condiciones en que los particulares pueden excepcionalmente cumplir con la función de administrar justicia, incluyendo a los árbitros habilitados por las partes para proferir un fallo en derecho o en equidad, de manera que si los jueces están habilitados para decretar y levantar medidas cautelares, nada impide que la ley les atribuya a los árbitros esa misma facultad¹⁹.

En razón de ese mismo carácter jurisdiccional que tienen las medidas cautelares, la Corte Constitucional también ha señalado que la ley puede confiar su práctica a los alcaldes y demás funcionarios de policía, teniendo en cuenta que ellos simplemente están ejecutando un mandato de colaboración hacia la rama judicial, pero no la están sustituyendo porque la decisión ya ha sido previamente tomada por el juez²⁰.

En cambio, en opinión de la Corte, la ley no puede autorizar al juez para delegar en el secretario y el oficial mayor de su despacho el cumplimiento de esas actuaciones, ya que estos servidores públicos, aunque son funcionarios judiciales, no están investidos de jurisdicción, y tampoco podrían llegar a estar revestidos de la misma en forma temporal y excepcional por no ostentar la calidad de autoridades administrativas²¹.

17 Sobre esta característica véanse GIMENO SENDRA, VICENTE y GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS, “Las medidas cautelares en materia comercial”, en: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 500-501; ARBOLEDA VALLEJO, MARIO y RUIZ SALAZAR, JOSÉ ARMANDO, *Nuevo Código de Procedimiento Penal comentado (Ley 600 de 2000)*, Leyer, 6ª ed., Bogotá, 2001, pág. 276; CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *op. cit.*, pág. 40; LÓPEZ PEÑARANDA, GERARDO, *op. cit.*, pág. 8.

18 Corte Constitucional, sentencias C-431-95 de septiembre 28 de 1995, MP HERNANDO HERRERA VERGARA y C-774-01 de julio 25 de 2001, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

19 Corte Constitucional, sentencia C-431-95 de septiembre 28 de 1995, MP HERNANDO HERRERA MERCADO.

20 Corte Constitucional, sentencia C-733-00 de junio 21 de 2000, MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

21 Corte Constitucional, sentencia C-798-03 de septiembre 16 de 2003, MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

1.5.2. Instrumentalidad²²

Esta característica también ha sido declarada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional²³.

1.5.3. Provisionalidad²⁴

A partir del reconocimiento de esta característica²⁵, para la Corte Constitucional las medidas cautelares son provisionales o contingentes, en la medida en que son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de una contragarantía por el sujeto afectado y, desde luego, cuando el derecho en discusión no se materializa; como consecuencia, ellas se mantienen mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición²⁶.

La transitoriedad de la medida es admitida por la Corte Constitucional en relación con el cumplimiento de los acuerdos de cooperación judicial y asistencia mutua en materia penal, en tanto en cuanto uno de los estados parte puede limitar la duración de la medida solicitada por otro, en cuyo evento debe notificar a la autoridad competente de la parte requirente, explicando su motivación²⁷.

22 Sobre esta característica véanse GUTIÉRREZ DE CABIEDES, EDUARDO, *Estudios de derecho procesal*, EUNSA, Pamplona, 1974, págs. 390-391; ARBOLEDA VALLEJO, MARIO y RUIZ SALAZAR, JOSÉ ARMANDO, *op. cit.*, pág. 276; SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 296; CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *op. cit.*, págs. 32-34; FÁBREGA PONCE, JORGE, *op. cit.*, págs. 40-41, 46; QUIROGA CUBILLOS, HÉCTOR ENRIQUE, *op. cit.*, pág. 21; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 724.

23 Corte Constitucional, sentencia C-431-95 de septiembre 28 de 1995, MP HERNANDO HERRERA VERGARA.

24 Sobre esta característica véanse ARBOLEDA VALLEJO, MARIO y RUIZ SALAZAR, JOSÉ ARMANDO, *op. cit.*, pág. 276; SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 725; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 725; FÁBREGA PONCE, JORGE, *op. cit.*, págs. 36 y 41-42; GARCÍA SARMIENTO, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 25; CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *op. cit.*, págs. 34-35.

25 Corte Constitucional, sentencia C-431-95 de septiembre 28 de 1995, MP HERNANDO HERRERA VERGARA, reiterada en la sentencia C-774-01 de julio 25 de 2001, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

26 Corte Constitucional, sentencia C-054-97 de febrero 6 de 1997, MP ANTONIO BARRERA CARBONELL, reiterada en las sentencias C-187-99 de marzo 24 de 1999, MP MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO y C-840-01 de agosto 9 de 2001, MP JAIME ARAUJO RENTERÍA.

27 Corte Constitucional, sentencia C-324-00 de marzo 22 de 2000, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS.

1.5.4. Sumariedad²⁸

La Corte Constitucional, de manera reiterada y uniforme ha planteado que las medidas cautelares no riñen con el debido proceso, aún si se ejecutan antes de la notificación del auto que las ordena. Así, ese alto tribunal ha sostenido que si las medidas cautelares están destinadas a salvaguardar los derechos subjetivos en disputa y, principalmente, a garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia, es imprescindible que las mismas se decreten y practiquen antes de que el titular de los derechos cautelados tenga conocimiento de ellas. Admitir lo contrario, esto es, que su ejecución sea posterior a la notificación del auto que las ordena, haría inoperante dicha figura en cuanto le daría al demandado la oportunidad de eludirla, impidiéndole al juez cumplir eficazmente su objetivo de proteger el derecho amenazado o violado²⁹.

En esa misma línea argumental, la Corte también ha señalado que la práctica de las medidas cautelares antes de la notificación del auto que las decreta tampoco vulnera el principio constitucional de la buena fe, en función del propósito de asegurar la efectividad de la sentencia, previniendo que el demandado pueda intentar sustraerse de los efectos de un fallo adverso, teniendo en cuenta que dicho principio no implica que las autoridades deban regular los asuntos suponiendo que las personas siempre se portan bondadosamente y cumplen voluntariamente sus obligaciones, ya que comportamientos como el descrito ocurren en la práctica, por lo cual bien puede la ley prevenirlos³⁰.

1.5.5. Urgencia³¹

En ese mismo orden de ideas, la Corte Constitucional avala la necesidad de la urgencia de las medidas cautelares, al manifestar que los ordenamientos jurídicos existen en gran medida como un reconocimiento de las imperfecciones del ser

28 En relación con esta característica pueden consultarse SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 297; FÁBREGA PONCE, JORGE, *op. cit.*, págs. 42, 45-46; MARTEL CHANG, ROLANDO ALFONSO, *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, [en línea], disponible en: sibib.unmsm.edu.pe/bivirtual/tesis/Human/Martel_Ch_R/titulo_4.htm.

29 Corte Constitucional, sentencia C-925-99 de noviembre 18 de 1999, MP VLADIMIRO NARANJO MESA, reiterada por las sentencias C-490-00 de mayo 4 de 2000, MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, C-634-00 de mayo 31 de 2000, MP VLADIMIRO NARANJO MESA y T-640-03 de agosto 1º de 2003, MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

30 Corte Constitucional, sentencia C-490-00 de mayo 4 de 2000, MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

31 Sobre esta característica, véanse SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 297; FÁBREGA PONCE, JORGE, *op. cit.*, pág. 43; CHICHILLA MARÍN, CARMEN, *op. cit.*, pág. 36-37.

humano, que hace necesaria la imposición coactiva de ciertos comportamientos y del cumplimiento de determinadas obligaciones, precisamente porque es razonable pensar que algunas personas estarían dispuestas a no acatar esas pautas normativas³².

1.5.6. Mutabilidad³³

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional contempla algunos de los eventos que dan lugar a la mutación de las medidas cautelares, al señalar que ellas son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de una contragarantía por el sujeto afectado³⁴.

1.5.7. Preventividad³⁵

La Corte Constitucional ha dicho que las medidas cautelares se encaminan a asegurar que los bienes que van a ser objeto del proceso no vayan a ser ocultados, destruidos o enajenados por los afectados, haciendo nugatorio el fallo³⁶. Esta característica de la preventividad es realizada por esa corporación en el derecho internacional de los derechos humanos, al sostener que las medidas cautelares tienen mayor significado en el derecho internacional de los derechos humanos, pues en esta materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares, en particular los de carácter regional, se consumen de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos³⁷.

32 Corte Constitucional, sentencia C-490-00 de mayo 4 de 2000, MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

33 En relación con esta característica, pueden consultarse las opiniones doctrinales de LÓPEZ PEÑARANDA, GERARDO, *op. cit.*, pág. 9; SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 297; QUIROGA CUBILLOS, HÉCTOR ENRIQUE, *op. cit.*, pág. 25.

34 Corte Constitucional, sentencia C-054-97 de febrero 6 de 1997, MP ANTONIO BARRERA CARBONELL, reiterada en las sentencias C-187-99 de marzo 24 de 1999, MP MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO y C-840-01 de agosto 9 de 2001, MP JAIME ARAUJO RENTERÍA.

35 Sobre esta característica pueden examinarse las precisiones de SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 297.

36 Corte Constitucional, sentencia 1007-02 de noviembre 18 de 2002, MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

37 Corte Constitucional, sentencia T-558-03 de julio 10 de 2003, M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

1.5.8. Accesoriedad³⁸

Esta característica fue reconocida por la Corte Constitucional en forma escueta en la sentencia C-774-01³⁹.

1.5.9. Taxatividad⁴⁰

Sin perjuicio de la apertura hacia la ampliación de la potestad cautelar del juez en materia ambiental y agraria y en las acciones populares y de tutela, la regla general en el derecho colombiano es la de la taxatividad y en esa medida la Corte Constitucional ha afirmado que las medidas cautelares deben ser decretadas bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley prevén⁴¹, ya que ellas han de ser expresamente autorizadas por el legislador⁴².

Sin embargo, mediante una sentencia posterior, la Corte flexibiliza un poco su posición, al considerar que, en tanto las circunstancias fácticas y jurídicas lo ameriten, y con estricto cumplimiento del debido proceso, el funcionario judicial puede expedir providencias con fundamento en otras normas del orden jurídico y dentro de él, nunca por fuera de las normas jurídicas preexistentes al momento de dictar el acto jurídico; siendo claro que el funcionario jurídico no podrá adoptar medidas que se hallen al margen del ordenamiento jurídico⁴³.

Ahora bien, cuestión distinta es la aplicación de las medidas cautelares en razón de los instrumentos internacionales en materia de asistencia judicial, ya que para que las mismas sean procedentes, deben ajustarse no solamente a los tratados o convenciones correspondientes, sino a los términos señalados para su decreto y práctica en la legislación interna⁴⁴.

38 Al respecto, véanse ROJAS GONZÁLEZ, GERMÁN, *op. cit.*, pág. 22 y SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 297.

39 Corte Constitucional, sentencia C-774-01 de julio 25 de 2001, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

40 Sobre esta característica, pueden consultarse ROJAS GONZÁLEZ, GERMÁN, *op. cit.*, págs. 15 y 18-22; SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 297; GARCÍA SARMIENTO, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 15; FÁBREGA PONCE, JORGE, *op. cit.*, pág. 44; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, págs. 737 y 742.

41 Corte Constitucional, sentencia C-774-01 de julio 25 de 2001, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

42 Corte Constitucional, sentencia C-484-02 de junio 25 de 2002, MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA, reiterada en la sentencia C-485-03 de junio 11 de 2003, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.

43 Corte Constitucional, sentencia C-775-03 de septiembre 9 de 2003, MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

44 Corte Constitucional, sentencia C-288-02 de abril 23 de 2002, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

1.6. Presupuestos de aplicación

Aunque algunos autores sitúan algunas de las características de las medidas cautelares —principalmente la instrumentalidad y la provisionalidad— como presupuestos para su aplicación, lo cierto es que para la mayoría de la doctrina dichos presupuestos son la apariencia de buen derecho (*fumus bonis juris*) y el peligro de la demora (*periculum in mora*), a los cuales otros suman la urgencia, el interés público y la estructura procesal, además de otros presupuestos que por su naturaleza específica se aplican a un determinado tipo de procesos y a otros no, tales como la exigencia de una caución, fianza o contracautela y la proporcionalidad.

La Corte Constitucional se basa en la doctrina extranjera para indicar cuáles son esos presupuestos, señalando que ellos corresponden a la apariencia de un buen derecho, esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia; a que haya un peligro en la demora, esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso; y, finalmente, que el demandante preste garantías o contracautelas, las cuales están destinadas a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas⁴⁵.

1.6.1. Verosimilitud del derecho – *fumus bonis juris*⁴⁶

La Corte Constitucional ha indicado que el decreto de medidas cautelares no exige la previa definición y certidumbre jurídica sobre la existencia y exigibilidad de la responsabilidad jurídica que se pretende garantizar, ya que ellas son independientes de la decisión de condena o de exoneración; pretender que sean impuestas solamente cuando se tenga certeza de la responsabilidad del procesado carece de sentido,

45 Corte Constitucional, sentencia C-490-00 de mayo 4 de 2000. MP ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, reiterada en la sentencia C-039-04 de enero 27 de 2004, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

46 En relación con el alcance de este presupuesto, pueden consultarse CALAMANDREI, PIERO, *Providencias cautelares*, trad. de SANTIAGO SENTÍS MELENDO, Bibliográfica, Buenos Aires, 1964, pág. 77; HERNÁNDEZ MENDIBLE, VÍCTOR R., *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos, Caracas, 1997, pág. 24; CAMPO CABAL, JUAN MANUEL, *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pág. 52; SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, 282; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, págs. 728-729; CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *op. cit.*, págs. 45-46; FÁBREGA PONCE, JORGE, *op. cit.*, págs. 39-40; GARCÍA SARMIENTO, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 21.

pues se desnaturaliza su carácter preventivo, teniendo en cuenta que ellas buscan, precisamente, garantizar la finalidad del proceso⁴⁷.

En esa medida, la Corte Constitucional ha señalado que el funcionario judicial debe contar con elementos de prueba sólidos que razonablemente puedan respaldar su decisión de adoptar y practicar las medidas cautelares, pues de otra manera su decisión se tornaría manifiestamente arbitraria e injustificada, contrariando, de esta forma, los principios cardinales del Estado de derecho⁴⁸.

1.6.2. Existencia del peligro – periculum in mora⁴⁹

Señala la Corte Constitucional⁵⁰ que el plazo que normalmente ocupa el desarrollo natural de los procesos, impuesto por la necesidad de agotar en su orden las diferentes etapas que los componen, propicia la afectación de los derechos litigiosos haciendo incierta e ineficaz su protección, en cuanto que durante el trámite del mismo éstos pueden resultar afectados por factores exógenos.

Por ello, agrega esa corporación, ante la imposibilidad real de contar con una justicia inmediata, se han implementado en la mayoría de los estatutos procesales del mundo, incluidos los colombianos, las llamadas medidas cautelares o preventivas que tienden a mantener el equilibrio procesal y a salvaguardar la efectividad de la acción judicial, garantizando con ello los derechos de igualdad y acceso a la administración de justicia (CP arts. 13 y 228); derechos que se hacen nugatorios cuando la función jurisdiccional no se muestra eficaz y protectora.

Como concluye la Corte Constitucional⁵¹, con las medidas cautelares se persigue evitar a lo menos de manera inmediata y en forma provisoria, que se prolongue el

47 Corte Constitucional, sentencia C-840-01 de agosto 9 de 2001, MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA, reiterada en la sentencia C-485-03 de junio 11 de 2003, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.

48 Corte Constitucional, sentencia C-1007-02 de noviembre 18 de 2002, MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

49 En relación con este presupuesto, consúltese SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, págs. 282-283; QUIROGA CUBILLOS, HÉCTOR ENRIQUE, *op. cit.*, pág. 33; FÁBREGA PONCE, JORGE, *op. cit.*, págs. 38-39; CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *op. cit.*, págs. 42 y 44; CAMPO CABAL, JUAN MANUEL, *op. cit.*, pág. 49; HERNÁNDEZ MENDIBLE, VÍCTOR R., *op. cit.*, pág. 25; GARCÍA SARMIENTO, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 21; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 730.

50 Corte Constitucional, sentencia C-925-99 de noviembre 18 de 1999, MP VLADIMIRO NARANJO MESA.

51 Corte Constitucional, sentencia C-379-04 de abril 27 de 2004, MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

desconocimiento del ordenamiento jurídico vulnerado en apariencia, con verosimilitud considerada por la ley como grave, que es lo que la doctrina ha definido como una medida para conjurar el *periculum in mora*.

1.6.3. Contracautela⁵²

En el particular caso del derecho colombiano, la Corte Constitucional ha indicado que el afectado con las acciones preventivas no se encuentra desamparado por el régimen jurídico, ya que éste, con el fin de garantizar el ejercicio moderado y racional de las cautelas, ha previsto como condición para su solicitud prestar una caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros, equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución, con el fin de responder por los perjuicios que se deriven de su indebida ejecución⁵³.

Ese criterio de proporcionalidad es acogido por la legislación colombiana, el cual es destacado por la Corte Constitucional, al señalar que el ordenamiento legal le permite al juez limitar la práctica de las medidas a lo necesario, de manera que el valor de los bienes embargados y secuestrados no excedan del doble del crédito cobrado, sus intereses y las respectivas costas, dejando también a salvo aquellos bienes que por ley son inembargables y los considerados esenciales para la modesta subsistencia del ejecutado⁵⁴.

Además de la caución para el embargo y secuestro de bienes y la limitación al monto de la medida, la Corte Constitucional⁵⁵ agrega que el ordenamiento establece mecanismos de defensa ulteriores para el demandado, con lo cual se asegura su debido proceso; así, el demandado cuenta con la posibilidad de interponer recursos contra el auto que decreta las medidas, una vez notificado del auto que las decretó y ordenó su práctica.

Por último, la Corte Constitucional señala que la caución no es el único medio de protección de los derechos de terceros afectados por medidas cautelares decretadas

52 En relación con este presupuesto, consúltense SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 283; CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, págs. 47-48; RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 731; HERNÁNDEZ MENDIBLE, VÍCTOR R., *op. cit.*, págs. 27-28.

53 Corte Constitucional, sentencia C-925-99 de noviembre 18 de 1999, MP VLADIMIRO NARANJO MESA, reiterada en la sentencia C-485-03 de junio 11 de 2003, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.

54 Corte Constitucional, sentencia C-925-99 de noviembre 18 de 1999, MP VLADIMIRO NARANJO MESA.

55 Corte Constitucional, sentencia C-490-00 de mayo 4 de 2000, MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CANALLERO.

dentro de un proceso y que el legislador puede disponer en una hipótesis específica que esa protección se logre a través de otro medio distinto⁵⁶, como podría ser la inversión de recursos dinerarios sobre los cuales recaiga la medida en títulos inscritos en el mercado de valores mientras se decide el proceso⁵⁷.

1.6.4. Otros presupuestos

Respecto de la urgencia⁵⁸ y el interés público⁵⁹ como presupuestos para la aplicación de las medidas cautelares, no se encontraron referencias en las sentencias de la Corte Constitucional. En relación con el de estructura procesal⁶⁰, en opinión de la corporación, las medidas cautelares no solamente han de ser expresamente autorizadas por el legislador, quien define cuáles son ellas, sino que le corresponde fijar los requisitos de oportunidad para solicitarlas, determinar los procesos en que son procedentes, establecer cuándo se decretan, cómo se practican y, dado que pueden ocasionar perjuicios al demandado, habrá de dictar las normas para resarcirlos en caso de que ello fuere necesario⁶¹.

2. REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La importancia de las medidas cautelares debe ser entendida a cabalidad y comprender que los efectos negativos que trae consigo la demora en la resolución oportuna de las causas judiciales pueden ser paliados, en parte, mediante la adopción de un régimen cautelar debidamente tipificado que les devuelva a los asociados la

56 Corte Constitucional, sentencia C-237 A-04 de marzo 11 de 2004, MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

57 Corte Constitucional, sentencia C-494-94 de septiembre 29 de 1994, MP FABIO MORÓN DÍAZ.

58 Sobre este presupuesto, puede consultarse su alcance en SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, pág. 283; GARCÍA SARMIENTO, EDUARDO, *op. cit.*, págs. 21-22; PASTOR BORGONÓN, BLANCA y VAN GINDERACHTER, ERIC, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 91-92.

59 Sobre este presupuesto pueden consultarse HERNÁNDEZ MENDIBLE, VÍCTOR R., *op. cit.*, págs. 26-27; CAMPO CABAL, JUAN MANUEL, *op. cit.*, págs. 54-58.

60 En torno a este presupuesto, pueden examinarse los textos de FÁBREGA PONCE, JORGE, *op. cit.*, págs. 37-38; GARCÍA SARMIENTO, EDUARDO, *op. cit.*, pág. 23.

61 Corte Constitucional, sentencia C-484-02 de junio 25 de 2002, MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

confianza de que el Estado no solamente es capaz de resolver sus conflictos, sino de que las decisiones adoptadas se podrán cumplir⁶².

Después de mostrar el tratamiento dado a la tutela cautelar judicial por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre sus diferentes categorías, es pertinente presentar algunas reflexiones críticas con referencia al régimen jurídico aplicable actualmente en el ordenamiento colombiano, orientadas a incrementar el papel que la tutela cautelar judicial debe jugar en función de la eficacia del derecho de acceso a la justicia.

2.1. Necesidad de ampliar la potestad cautelar del juez

Al respecto, ha de señalarse que si bien es cierto que en observancia del principio de legalidad la ley ha de prever la existencia, posibilidad de operancia y casos en que tienen ocurrencia las medidas cautelares, para una mejor garantía de los derechos que pueden verse afectados por la demora en el trámite de los procesos judiciales, especialmente dentro del marco garantista de la Carta Política vigente, resulta insuficiente la regulación actual de la tutela cautelar judicial, concebida en forma taxativa, de manera que solamente tienen carácter cautelar aquellas medidas establecidas mediante una regla jurídica.

En efecto, a pesar de algunos avances en materia ambiental y agraria y en las acciones populares y de tutela, resalta por su ausencia una previsión legislativa de carácter general que permita al juez el decreto de medidas cautelares atípicas o innominadas, a efecto de garantizar con el mayor grado posible de certeza la eficacia de la sentencia. Este imperativo se hace todavía más exigente en un Estado social de derecho, en el cual hay un requerimiento de principio para la materialización de la justicia formal, ya que una orden plasmada en el papel sin que se logre ejecutar, deja intacta la situación de vulneración de los derechos que se pretenden proteger⁶³.

Se impone entonces la introducción en el ordenamiento nacional de una norma en blanco que permita la adopción de cualquier medida cautelar que se presente

62 Al respecto, en el caso colombiano véase la posición del doctrinante HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, expuesta en la ponencia sobre medidas cautelares mercantiles en el derecho colombiano en el XV Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, "Las medidas cautelares. Su regulación en el Código de Comercio de Colombia", en: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 662-663.

63 Al respecto, resulta ilustrativo lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-786-03 de septiembre 11 de 2003, con ponencia del magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA.

como idónea para la salvaguarda del objeto litigioso y la ejecución *in natura* de la sentencia, dejando al juez en libertad de otorgar aquéllas cuyo discernimiento le indique que son las más convenientes.

A ese respecto, el legislador cuenta con una amplia potestad de configuración para establecer esa habilitación al funcionario judicial, sin perjuicio de precisar el tipo de medidas que puedan decretarse —no las medidas específicas—, la oportunidad en que ello puede hacerse y los procedimientos aplicables para el efecto, ponderando los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio y los del demandante, quien enfrenta el riesgo de que una vez declarados judicialmente sus derechos, los mismos no puedan hacerse efectivos⁶⁴.

Esa habilitación tendría que comprender la posibilidad de decretar medidas con efectos innovativos, especialmente en los procesos tramitados ante la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que para estos últimos la regulación actual solamente contempla como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, la cual no sirve de nada frente a la inactividad de la administración o la denegación por parte suya de las peticiones que se hayan aducido ante ella, y menos aún tratándose de actuaciones constitutivas de vías de hecho, por lo que se requiere la adopción de otros instrumentos de protección cautelar de los derechos de los administrados frente a cualquier tipo de actividad o inactividad de la administración.

En esa específica materia, debe suplirse el campo de inoperancia de la suspensión, de manera que donde no quepa suspender, por ser de contenido negativo o prohibitivo lo que el acto administrativo demandado dispone, como protección cautelar del derecho del demandante se realice temporalmente lo denegado o prohibido mientras el proceso principal sigue su curso y termina con la sentencia, a menos que se trate de eventos en los cuales su concesión cree un estado irrecuperable que implique una decisión definitiva sobre el asunto.

En sentido general, corresponderá al juez en cada caso concreto decidir sobre la procedencia y extensión de las medidas preventivas, pero en ningún caso las cautelas pueden ser arbitrarias, de manera que aún en la hipótesis en que la atribución judicial para decidir sea amplia, la discrecionalidad jamás puede constituir arbitrariedad y por el contrario debe aplicarse dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁵.

64 En ese sentido son ilustrativas las reflexiones contenidas en la sentencia C-039-04 de enero 27 de 2004 de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL.

65 Al respecto, véanse las consideraciones efectuadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-379-04 de abril 27 de 2004, MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Lo que resulta inadmisibles es que en ausencia de la habilitación legal a que se ha hecho referencia, los derechos litigiosos se vean desprotegidos cautelarmente por causa de una legislación que no haya contemplado las medidas que le permitan al juez asegurar la efectividad del fallo estimatorio, a pesar de que objetivamente sea posible establecer la concurrencia de los requisitos que habrían permitido al legislador haber efectuado una previsión al respecto.

2.2. Flexibilización de la regulación legal de la potestad cautelar judicial

Después de haber establecido que la habilitación legal es imperativa para que el juez ejerza la potestad cautelar, pues mientras ella no se produzca, el juez no puede dictar providencias cautelares fuera de los casos previstos por las normas positivas, su conferimiento debe permitirle a la autoridad judicial disponer de un amplio margen de maniobra para ordenar las cautelas dirigidas a eliminar la eventualidad de un daño a los intereses de los sujetos procesales, y con ello se logrará un mejoramiento de la eficacia de la actividad jurisdiccional en función de la garantía de la seguridad jurídica.

La necesidad de flexibilizar la regulación legal para el ejercicio de la potestad cautelar judicial se inscribe, en palabras de SALAMANCA MOLANO⁶⁶, en la tendencia a desvincular el poder cautelar del juez de figuras típicas prefijadas, otorgándole un amplio poder; de manera que, según las particularidades de cada caso, pueda conceder la tutela provisoria adecuada, asegurando así la inmutabilidad de la situación de hecho o de derecho durante el curso del proceso para preservar la igualdad de las partes y evitar la violación de sus derechos frente a una amenaza objetiva y actual.

Ahora bien, con el fin de prevenir los riesgos que entraña la ampliación de la potestad cautelar del juez, el legislador, al conferir al juez la atribución de ponderar la procedencia de las medidas cautelares, debe condicionar su ejercicio, aparte de los criterios que de manera general se predicen de todas ellas, a la realización de un juicio sobre proporcionalidad de la medida preventiva en relación con las limitaciones que la misma impone a los derechos del demandado y el tiempo previsible en que dichas limitaciones se mantendrán en vigencia, de manera que a mayor duración de la medida, resultan admisibles menores niveles de afectación de los derechos del

66 SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, *op. cit.*, p. 302.

demandado⁶⁷. No hay que olvidar que, so pretexto de adoptar medidas preventivas, el juez no puede lesionar otros derechos constitucionales⁶⁸.

Al respecto, resulta conveniente examinar el aporte que desde el derecho comparado puede hacerse para la introducción en el ordenamiento nacional de una reforma que a la vez que amplíe la potestad cautelar judicial dentro de un marco legal flexible, evite los riesgos derivados de esa ampliación y, en ese sentido, presta utilidad el estudio de la acción preventiva del derecho francés, las causas de equidad del sistema británico o las medidas provisionales de seguridad del derecho alemán, entre los más connotados mecanismos de la llamada justicia preventiva.

2.3. Consecuencias de la no adopción de medidas cautelares o de su adopción errónea

Ahora, si se tiene como punto de partida que la tutela cautelar judicial sirve para garantizar la ejecución eficaz e íntegra de la sentencia, es claro que la denegación de su otorgamiento pone en riesgo la eficacia de la justicia, pero también lo es que en su concesión, por la urgencia con la cual se adopta y su otorgamiento a partir de un juicio de probabilidad y no de certeza, puede cometerse una equivocación y ocasionarse un daño injusto para el sujeto a quien se grava con la medida o para terceros.

En el primer caso, si por la falta del otorgamiento de la medida oportunamente pedida, finalmente no se logra ejecutar la sentencia favorable al peticionario de la misma, se presenta un daño antijurídico que el demandante no tendría que padecer —ocasionado por la actividad del juez— y, por tanto, susceptible de ser reparado por el Estado, según las disposiciones sobre el particular⁶⁹.

67 Sobre los criterios de ponderación que deben ser evaluados tanto por el legislador como por el juez al momento de definir la procedencia de las medidas cautelares, véanse las consideraciones efectuadas en la sentencia C-039-04 de enero 27 de 2004 de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL.

68 Esa advertencia la efectúa la Corte Constitucional en la sentencia C-558-04 de junio 1º de 2004, MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

69 En el caso colombiano, el artículo 90 de la Constitución Política, que establece la obligación resarcitoria del Estado por la causación del daño antijurídico, y las normas específicas de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, sobre responsabilidad por el error judicial.

En el segundo evento, si tradicionalmente se ha establecido en algunos casos como requisito para el decreto de la medida el otorgamiento de una fianza que cubra la indemnización por los perjuicios que se le lleguen a ocasionar al demandado, frente a una ampliación de la potestad cautelar judicial, es claro que su ejercicio debe ir acompañado de una obligación de contracautela suficiente y seria que cubra los daños eventuales que se puedan causar con la práctica de la medida y con la que efectivamente se indemnicen los que realmente se ocasionen, a la par con la habilitación a la autoridad judicial para imponer costas y multas frente al ejercicio temerario de la activación del mecanismo cautelar.

Frente al levantamiento de la medida cautelar, puede resultar que la contracautela no sea suficiente para cubrir los daños o que se trate de una medida para cuyo decreto no se requería fianza o podía ser decretada oficiosamente por el juez, eventos en los cuales si bien puede llegar a generarse una obligación dineraria, a cargo del demandante o del Estado por error judicial, según corresponda, resulta razonable entender que la no reparación inmediata y voluntaria no genera mora, en la medida en que su establecimiento requiere una sentencia judicial que la declare⁷⁰.

Además, deben ampliarse las posibilidades para que los terceros afectados con las medidas puedan hacer valer sus derechos dentro del proceso, en la medida en que las restricciones derivadas de las cautelas pueden llegar a desconocer el núcleo esencial del derecho de propiedad, y aunque el mismo no es un derecho intangible, las limitaciones que se impongan a su ejercicio no pueden ser desproporcionadas o irrazonables⁷¹.

2.4. Exigencia imperativa de la motivación de la decisión como garantía de una justicia democrática y controlable

La satisfacción de la tutela cautelar judicial no radica en que la medida solicitada haya sido decretada, sino en que la providencia mediante la cual se adopte la decisión que corresponda contenga una motivación suficiente sobre los presupuestos para su aplicación —especialmente el *fumus bonis juris* y el *periculum in mora*—, aunque en últimas la cautela pedida haya sido denegada.

70 Sobre la ausencia de mora en esos casos, véase la sentencia de la Corte Constitucional T-901-02 de octubre 24 de 2002, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.

71 De manera particular, la Corte Constitucional había determinado esa ampliación de los derechos de los terceros en el trámite de las acciones de extinción del derecho de dominio. Véase Corte Constitucional, sentencia C-1007-02 de noviembre 18 de 2002, MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Si falta la motivación o es insuficiente y se produce la denegación de la medida solicitada, dado precisamente su carácter cautelar, la pregunta que surge es si la urgencia que la reviste hace procedente reclamar su decreto a través de la vía de amparo de los derechos fundamentales.

En otras palabras, frente a una situación como la planteada, la cuestión a resolver es si existe un derecho fundamental a la tutela cautelar judicial, ya que si esta última constituye una de las formas de hacer eficaz el derecho a la tutela judicial efectiva, y si éste ha sido reconocido como un derecho fundamental, resulta lógico inquirir si la tutela cautelar judicial también lo constituye y, por consiguiente, si en el caso de denegación por parte de la autoridad judicial de quien se solicita, procede su reclamo mediante la acción de tutela.

Frente al supuesto propuesto, como lo señala CHINCHILLA MARÍN⁷², cabría contemplar dos situaciones derivadas de los presupuestos para la aplicación de la medida cautelar.

En primer término, si denegada la cautela solicitada se demuestra que la demora en el trámite del proceso afecta irreversiblemente un derecho fundamental, resulta evidente su protección por la vía especial de la tutela, pero no por un desconocimiento del derecho a la tutela cautelar judicial, sino por la vulneración o amenaza de vulneración directa del derecho fundamental afectado por la duración del trámite judicial.

En segundo término, cuando la demora en el devenir procesal no afecta un derecho fundamental del solicitante de la medida cautelar y únicamente incide sobre un derecho subjetivo o un interés legítimo del peticionario, entonces la denegación de una cautela solamente sería amparable a través de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales cuando se demuestre que su no adopción implica de manera irremediable la negación de la tutela judicial efectiva a la que el peticionario de la misma tiene derecho; en sentido contrario, la demora por sí misma no es valorable en sede de tutela⁷³.

Lo anterior supone que no existe un derecho subjetivo a la tutela cautelar judicial por sí mismo, para hacerlo valer directamente a través del amparo o la tutela como derecho fundamental en caso de denegación de la medida cautelar solicitada, de

72 CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *op.cit.*, pág. 57.

73 Así lo ha considerado la Corte Constitucional en sentencia T-1108-03 de noviembre 20 de 2003, MP EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

manera que la negativa a decretar la medida solamente dará lugar al amparo o la tutela cuando ella implique irreversiblemente la afectación de un derecho fundamental, ya sea el derecho a la tutela judicial efectiva, por demostrarse que esa decisión imposibilita la realización del derecho o interés que se llegue a reconocer en la sentencia, o cualquier otro derecho al cual el ordenamiento fundamental lo haya hecho merecedor de esa protección.

Por ello, el tema de la motivación cobra relevancia, pues si no se está frente a una de las situaciones que permite que a pesar de la denegación pueda obtenerse su decreto a través del trámite preferencial y sumario de protección de los derechos fundamentales, el control de los motivos constituye el mecanismo para que a través de la interposición de los recursos ordinarios pueda revisarse la decisión inicial. Es claro que si contra la decisión de negar la medida solicitada no procede ningún recurso, se está frente al segundo evento que da lugar a la pertinencia del ejercicio de la acción de tutela, como también cuando en relación con aquélla, el funcionario judicial incurre en una vía de hecho⁷⁴.

Por consiguiente, la falta de motivación o la motivación insuficiente debe constituir un elemento de demérito en la valoración que de la negativa a decretar la medida efectúe el superior de quien profirió la decisión desfavorable al peticionario. Es decir, no necesariamente por haber sido denegada la medida y no haberse motivado o ser insuficiente la motivación de su negativa tiene por fuerza el superior que concederla de manera automática, pero no cabe duda de que el funcionario judicial que revisa la decisión denegatoria inicial ha de mirar con recelo una providencia que siendo trascendental para garantizar la ejecución futura de la sentencia, carezca de motivación o la misma sea insuficiente.

Finalmente, la acción de tutela también es un mecanismo idóneo para la debida ejecución de las medidas cautelares impuestas a las autoridades del Estado por organismos internacionales de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cuando aquéllas no han tomado las provisiones necesarias para su efectiva concreción⁷⁵.

74 Esta última eventualidad ha sido contemplada por la Corte Constitucional en las sentencias T-229-96 de julio 8 de 1996, MP VLADIMIRO NARANJO MESA, T-1005-99 de diciembre 10 de 1999, MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

75 Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en las sentencias T-558-03 de julio 10 de 2003, MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, T-385-05 de abril 12 de 2005, MP RODRIGO ESCOBAR GIL y T-524-05 de mayo 20 de 2005, MP HUMBERTO SIERRA PORTO.

CONCLUSIONES

La tutela cautelar judicial, como manifestación del derecho de acceso a la justicia, no solamente constituye un mecanismo de protección de los derechos en litigio de quien para hacerlos valer debe recurrir al aparato judicial a fin de que la sentencia que los declare se haga efectiva, sino que es un medio de realización de un derecho fundamental de las personas.

Para lograr ese propósito resulta esencial la precisión que de los elementos configurativos de su régimen jurídico efectúe el juez constitucional, encargado de velar por la protección de los derechos fundamentales. A la determinación de esos contenidos se hizo referencia al tratar de la justificación, el concepto, el objeto, la naturaleza jurídica, las características y los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares.

No obstante, se advierte la necesidad de afianzar normativamente el *rol* que con esa finalidad le compete cumplir a la tutela cautelar judicial, y en ese orden de ideas resulta recomendable una reforma legal que le permita al juez decretar las medidas de protección que su discernimiento le indique que son las más apropiadas para garantizar la eficacia de los derechos que se declaren en la sentencia.

Desde esa perspectiva, lo que aquí se propone es la necesidad de ampliar la potestad cautelar del juez, dentro de una regulación legal flexible, que establezca las consecuencias de la no adopción de medidas cautelares o de su adopción errónea y exija imperativamente la motivación de la decisión sobre el decreto o la negación de las medidas cautelares como garantía de una justicia democrática y controlable, en la forma en que fue desarrollado en los acápite correspondientes de la segunda parte del artículo.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *La inseguridad jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

ARBOLEDA VALLEJO, MARIO y RUIZ SALAZAR, JOSÉ ARMANDO, *Nuevo Código de Procedimiento Penal comentado (Ley 600 de 2000)*, Leyer, 6ª ed., Bogotá, 2001.

CALAMANDREI, PIERO, *Providencias cautelares*, trad. de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Bibliográfica, Buenos Aires, 1964.

CAMPO CABAL, JUAN MANUEL, *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

CARNELLUTI, FRANCISCO, *Instituciones del nuevo proceso italiano*, trad. de JAIME GUASP DELGADO, Bosch, Barcelona, 1942.

- CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991.
- CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios del derecho procesal civil*, t. 1, Reus, Madrid, 1977.
- FÁBREGA PONCE, JORGE, *Medidas cautelares*, Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.
- GARCÍA SARMIENTO, EDUARDO, *Medidas cautelares. Introducción a su estudio*, El Foro de la Justicia, Bogotá, 1991.
- GIMENO SENDRA, VICENTE y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS, “Las medidas cautelares en materia comercial”, en Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, EDUARDO, *Estudios de derecho procesal*, EUNSA, Pamplona, 1974.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, VÍCTOR R., *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos, Caracas, 1997.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO, “Las medidas cautelares. Su regulación en el Código de Comercio de Colombia”, en Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- LÓPEZ PEÑARANDA, GERARDO, *Extinción del dominio, alternatividad y medidas cautelares en el proceso penal*, Librería Jurídica Radar, Bogotá, 1998.
- MARTEL CHANG, ROLANDO ALFONZO, “Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil” [en línea], disponible en: sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/Human/Martel_Ch_R/titulo_4.htm.
- PASTOR BORGÓN, BLANCA y VAN GINDERACHTER, ERIC, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993.
- QUIROGA CUBILLOS, HÉCTOR ENRIQUE, *Procesos y medidas cautelares*, OKEY Impresores, 2ª ed., Bogotá, 1991.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Enjuiciamiento civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 1997.
- ROJAS GONZÁLEZ, GERMÁN EDUARDO, *Esencia y trámite de la función cautelar*, Doctrina y Ley, Bogotá, 1996.
- SALAMANCA MOLANO, GUILLERMO, “Medidas cautelares en los procesos civiles y laborales”, en: ARDILA MORENO, ORLANDO, comp., *Contribuciones a la ciencia jurídica*, Diana Colombiana, Bogotá, 1984.
- SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL y RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Gráficas M. Pareja, Barcelona, 1974.
- ZAVALA BAQUERIZO, JORGE E., *El proceso penal*, t. III, Edino, 3ª ed., Bogotá, 1990.

Sentencias de la Corte Constitucional

C-106-94 de marzo 10 de 1994, MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

- C-395-94 de septiembre 8 de 1994, MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- C-424-94 de septiembre 29 de 1994, MP FABIO MORÓN DÍAZ.
- T-347-95 de agosto 2 de 1995, MP FABIO MORÓN DÍAZ.
- C-431-95 de septiembre 28 de 1995, MP HERNANDO HERRERA VERGARA.
- T-299-96 de julio 8 de 1996, MP VLADIMIRO NARANJO MESA.
- C-689-96 de diciembre 5 de 1996, MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- C-054-97 de febrero 6 de 1997, MP ANTONIO BARRERA CARBONELL.
- C-425-97 de septiembre 4 de 1997, MP FABIO MORÓN DÍAZ.
- C-187-99 de marzo 24 de 1999, MP MARTHA V. SÁCHICA DE MONCALEANO.
- C-925-99 de noviembre 18 de 1999, MP VLADIMIRO NARANJO MESA.
- C-324-00 de marzo 22 de 2000, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- C-490-00 de mayo 4 de 2000, MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- C-634-00 de mayo 31 de 2000, MP VLADIMIRO NARANJO MESA.
- C-733-00 de junio 21 de 2000, MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- C-1064-00 de agosto 16 de 2000, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- C-774-01 de julio 25 de 2001, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.
- C-829-01 de agosto 8 de 2001, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.
- C-840-01 de agosto 9 de 2001, MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA.
- C-288-02 de abril 23 de 2002, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.
- C-291-02 de abril 23 de 2002, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- C-484-02 de junio 2 de 2002, MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
- T-901-02 de octubre 24 de 2002, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- C-1007-02 de noviembre 18 de 2002, MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
- C-185-03 de marzo 4 de 2003, MP EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
- C-485-03 de junio 11 de 2003, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- T-558-03 de julio 10 de 2003, MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
- C-566-03 de julio 15 de 2003, MP ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- C-573-03 de julio 15 de 2003, MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
- T-640-03 de agosto 1º de 2003, MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
- C-775-03 de septiembre 9 de 2003, MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA.
- T-786-03 de septiembre 11 de 2003, MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- C-798-03 de septiembre 16 de 2003, MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.
- C-1064-03 de noviembre 11 de 2003, MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

T-1108-03 de noviembre 20 de 2003, MP EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

C-039-04 de enero 27 de 2004, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

C-237 A-04 de marzo 11 de 2004, MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

C-379-04 de abril 27 de 2004, MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

C-558-04 de junio 1º de 2004, MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

C-382-05 de abril 12 de 2005, MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

T-385-05 de abril 12 de 2005, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

T-524-05 de mayo 20 de 2005, MP HUMBERTO SIERRA PORTO.