

Las medidas cautelares y el prejuzgamiento del operador judicial en los diversos procesos jurídicos, con miras al principio de imparcialidad y la seguridad jurídica en Colombia

Trabajo de grado para optar por el título de Abogada.

Autora:

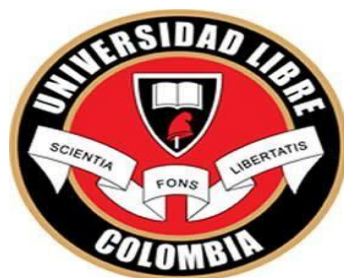
María Camia Barón Guevara

Tutor:

Eduardo Andrés Velandia Canosa

Monografía de grado presentada a:

Centro de Investigación de la Universidad Libre – Bogotá



Universidad Libre
Centro de investigaciones socio
jurídicas Área de formación
investigativa
Facultad de Derecho, sede La Candelaria
Bogotá D.C.
2023

Agradecimientos.

Agradezco a la Universidad Libre que me abrió las puertas del conocimiento, y especialmente agradezco a la Doctora Martha Aurora Casas Maldonado, que siempre creyó en mí y me guio en mi camino personal y profesional.

Dedicatoria.

A mi familia por su incondicional apoyo, a mis compañeros, mis maestras y maestros que me inspiraron a construirme desde la dedicación y la pasión por el Derecho.

Carta de aceptación

Valoración:

.....

Calificación (A o I): _____

Dr. (a)
Jurado (o Asesor)

Dr. (a)
Jurado

Dr. (a)
Jurado

Autoridades académicas

Presidente Nacional

Dr. Jorge Alarcón Niño

Vicepresidente

Nacional

Dr. Jorge Gaviria

Liévano

Rector Nacional

Dr. Édgar Ernesto Sandoval Romero

Secretario General

Dr. Floro Hermes Gómez Pineda

Censor Nacional

Dr. Ricardo Zopó Méndez

Presidenta Seccional

Dra. Elizabeth García González

Rector seccional

Dr. Fernando Arturo Salinas Suárez

Decano

Dr. Ciro Nolberto Güechá Medina

Secretaría Académica

Dra. Ana Rocío Niño Pérez

Coordinador Académico Campus El Bosque Popular

Dr. Alejandro Arévalo Gómez

Director Centro de investigaciones Sociojurídicas

Dr. Herbert Mauricio Mejía

Alfonso

Tabla de Contenido

Introducción.....	9
La afectación que se genera en la efectividad de los derechos de los usuarios del sistema judicial dada la prolongación de las Medidas Cautelares en el tiempo, esto constituye un déficit en la administración de justicia.	13
Contexto normativo de la efectividad de los derechos y las medidas cautelares	15
Recorrido histórico de la efectividad de los derechos en el contexto global	19
La efectividad de los derechos en el ordenamiento jurídico	23
Análisis crítico del principio de imparcialidad judicial en las medidas cautelares	27
Acercamiento a la seguridad jurídica	34
Capítulo II: El derecho comparado, refuerzo de las medidas cautelares como mecanismo de protección al derecho que se pretende en aras de blindar el principio de imparcialidad judicial.	40
Experiencias legislativas en atención a la aplicación de las medidas cautelares para evitar el prejuzgamiento judicial desde un estudio comparado	40
Escenarios de la efectividad de los derechos en tratándose de las medidas cautelares, una perspectiva comparada	41
Las medidas cautelares como pilar fundamental para solidificar la tutela judicial efectiva en Colombia	57
Capítulo III: La imparcialidad judicial como eje fundamental de la efectividad de los derechos y la seguridad jurídica en Colombia	62
El principio de imparcialidad judicial como factor de potencialización en la efectividad de los derechos en los escenarios procesales	67
Percepción jurisprudencial de la necesidad de las medidas cautelares, con miras a la correcta resolución de los conflictos judiciales	71
Conclusiones.	77
Referencias	79

Tabla de Cuadros

Cuadro No. 1: Parámetros doctrinales de las medidas cautelares en el derecho comparado	49
---	----

Tabla de Figuras

Gráfica No. 1: Ingresos y egresos de los procesos judiciales en Colombia.....14

Introducción

La presente investigación se desarrolla a partir del prejuzgamiento judicial que se puede evidenciar en diferentes procesos jurídicos en Colombia, transgrediendo la efectividad de los derechos en controversia dentro de la litis y la tutela jurisdiccional efectiva por el prolongado tiempo en el que puede perdurar una cautela y que debe ser soportada por la parte sobre quién recae. Así mismo, se hace hincapié que, para evitar la intromisión del operador judicial, se debe fortalecer el principio de imparcialidad en aras de que se proteja la igualdad procesal en los escenarios y la seguridad jurídica al evitar la desnaturalización del carácter de provisionalidad de las medidas cautelares, tanto nominadas como innominadas. Consecuentemente, Colombia necesita dar una solución de proximidad para atender la tardanza en la administración de justicia y los fenómenos que se describen en este estudio investigativo.

Con arreglo en lo anterior, la pregunta de investigación formulada es la siguiente: ¿Cómo se potencializa la imparcialidad del operador judicial en las decisiones de carácter jurídico dentro de un proceso legal, tratándose del decreto de las medidas cautelares nominadas e innominadas en Colombia?

El principio de imparcialidad es el eje fundamental para que cualquier proceso judicial tenga armonía y eficacia, desde su inicio hasta la providencia resolutoria que finalice proceso judicial, toda vez que reviste al juez natural de la causa para que administre justicia de manera aislada y neutra de sus intereses subjetivos, en particular, en el decreto y práctica de las medidas cautelares que, por la prolongada duración en el tiempo de los procesos en la actualidad, debe cumplir con una pronta decisión motivada en donde se establezca si prevalecen o no las pretensiones del accionante o las excepciones del accionado. Para lograr lo anterior, deberá jugar

un papel analítico la seguridad jurídica como instrumento o herramienta que colinde y estructure la prevalencia del ordenamiento jurídico en las prácticas jurídicas del Derecho.

La presente investigación se abordó a través del enfoque funcionalista, para analizar el comportamiento de la efectividad de los derechos, inicialmente, teniendo un acercamiento por las diversas normas que se contemplan en nuestra legislación sobre la aplicación de las medidas cautelares; consecuentemente, se analizó el desarrollo de las medidas desde el contenido de la norma y su reflejo en la práctica, de acuerdo con los parámetros comparativos que los demás ordenamientos jurídicos analizados han dictado y así, tomar lo que resultaba más relevante en nuestro contexto jurídico y social; acto seguido, a la hora de aplicarse cualquier medida cautelar se entendió la importancia de la prevalencia de las garantías constitucionales, legales y contractuales; finalmente, se describió las características y particularidades de las cautelas y su relación con el principio de imparcialidad judicial.

Se planteó como objetivo general exponer, con base en el contexto de la congestión judicial, la manera en que participa el principio de imparcialidad al momento en que se decreta una medida cautelar, en defensa de los derechos la tutela jurisdiccional efectiva; de manera que, se logre la real cristalización normativa de la necesidad de las cautelas, en clave con la efectividad de los derechos.

Continuando con el desarrollo investigativo de tipo sociojurídico, se previó responder al enfoque funcionalista de la investigación y a un alcance descriptivo, implementando el método de Derecho Comparado, teniendo en cuenta que diferentes países han demostrado un avance significativo y diverso con respecto a la regulación normativa, la cual, puede brindar algunas luces legislativas en el contexto colombiano en relación con las medidas cautelares. Además, se parte del enfoque cualitativo, considerando que al utilizar el método del derecho

comparado se analizaron varios ordenamientos jurídicos, sus visiones normativas y jurisprudenciales, consolidándolo en una investigación de fuentes documentales.

Por el mismo hilo, con la finalidad de realizar un profundo examen y procesamiento de la información recolectada, se tomó como unidad de análisis la regulación de las medidas cautelares nominadas e innominadas; de aspectos tales como la legislación nacional, el desarrollo práctico-legal de las cautelas, la necesidad jurídica de plasmar las medidas cautelares, su protección y posible desarrollo dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En este mismo sentido, para la triangulación metodológica se hizo uso de las conclusiones alcanzadas del método comparado, el marco legal vigente de las medidas cautelares, en armonía con su efectividad, y la jurisprudencia colombiana.

El primer capítulo hace énfasis en las posibles consecuencias que se pueden generar durante el proceso judicial dada la tardanza de la justicia para resolver los procesos. Debido al prolongado tiempo que genera el transcurso del proceso se pueden surtir daños a los derechos controvertidos, de allí surge la necesidad de unos mecanismos cautelares que protegen las posibles afectaciones y daños futuros que se presentan antes, durante y después de la controversia jurídica. El juez amparado con los preceptos constitucionales es quien analiza la necesidad de protección de los derechos de las partes al hacer uso de las medidas cautelares, sin embargo, esta responsabilidad acarrea una serie de discusiones como la existencia de un prejuzamiento o veredicto anticipado. Incluso la tardanza en el proceso, crea una discusión alrededor de la provisionalidad de las medidas cautelares que afectan a la persona sobre quien recae la misma. Por ello, a través de un recorrido histórico se analiza, en este capítulo, el contexto normativo para entender el origen de las medidas cautelares y su relación con la efectividad de los derechos y la imparcialidad judicial en un contexto nacional e internacional, esto con miras a realizar un

acercamiento a la seguridad jurídica y la necesidad de las cautelas.

El segundo capítulo, desarrolló el método de investigación, correspondiente al derecho comparado, tomándolo como cimiento central para el monitoreo y recolección de información en cinco diferentes ordenamientos jurídicos que regulan las medidas cautelares, y que tienen en consideración un desarrollo legal amplio y unas necesidades jurídicas plasmadas para el decreto de las cautelas y de esta forma realizar su comparación con el ordenamiento jurídico colombiano. De esta forma, se observaron distintas perspectivas respecto de la regulación y aplicación de las cautelas, comparándolo con la estructura de lo analizado en nuestro sistema legal y constitucional, y como el mismo observa las medidas cautelares en relación con otros principios como la seguridad jurídica, la imparcialidad judicial, la efectividad de los derechos y el debido proceso.

En el tercer capítulo, se analizó como en la legislación nacional pueden parecer como poco suficientes los parámetros constitucionales y legales en torno a erradicar la noción de prejuzgamiento judicial en el ordenamiento de las medidas cautelares, por esto, los derechos al acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva se ven sistemáticamente transgredidos para aquellas personas que requieren con urgencia una decisión judicial por el juez natural de la causa en donde ponga fin a los tardíos y prolongados procesos judiciales en nuestro ordenamiento jurídico, por esta razón, se analiza como el principio de imparcialidad adquiere una relevancia significativa, envuelta en la discrecionalidad judicial, que proporciona una relación concordante con la seguridad jurídica y la necesidad de las cautelas para proteger los fines del Estado.

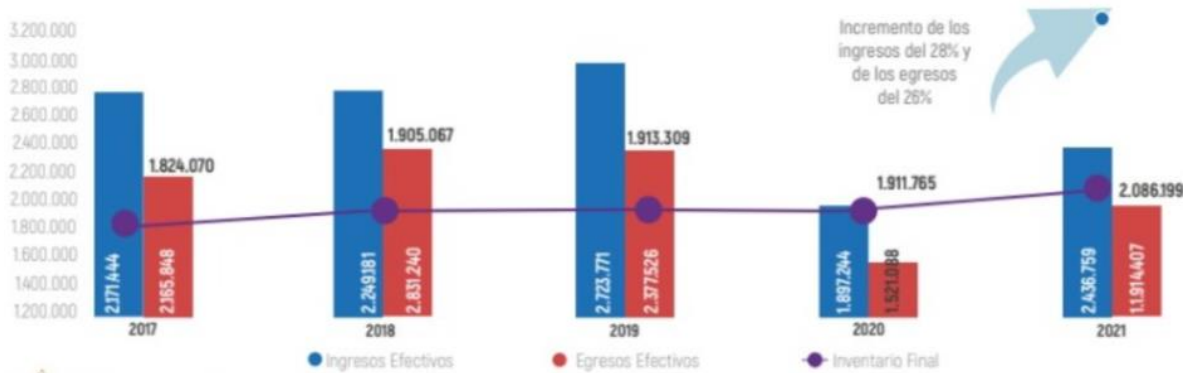
Capítulo I: La afectación que se genera en la efectividad de los derechos de los usuarios del sistema judicial dada la prolongación de las Medidas Cautelares en el tiempo, esto constituye un déficit en la administración de justicia

A raíz de la tardanza latente de la justicia para solventar los procesos que avoca y que, debido a esta demora, se pueden generar daños, perjuicios o amenazas de transgresión a los derechos de quienes acceden a la justicia, precisamente, para velar por su cumplimiento; ergo, hubo un avistamiento importante con la aparición de las medidas cautelares dentro de los procesos en nuestro país para que, en cierta medida, contrarreste los posibles daños futuros que se puedan originar antes, durante y después de la controversia jurídica.

Para el decreto y práctica de una medida cautelar es menester que el operador judicial observe que, efectivamente, el derecho en contradicción se encuentra en verdadera presencia de una posible transgresión a través de las pruebas allegadas; sin embargo, esto abre un abanico de inquietudes comoquiera que a la parte sobre quien recae o debe soportar la medida cautelar se pregunta si esta providencia anticipada que versa sobre la protección de daños y perjuicios futuros y que promete el cumplimiento de la sentencia constituye o no un prejuzgamiento o veredicto anticipado sobre el curso del proceso hasta que se dicte la providencia que ponga fin al mismo, lo que de alguna forma, podría dar una cierta inestabilidad, incertidumbre y hasta inseguridad jurídica.

Por la dilación de los procesos hay medidas cautelares que se perduran en el tiempo y la parte sobre quien recae se afecta, favoreciendo a la que no, permeando un prejuzgamiento, ergo, se pierde la esencia de la medida cautelar que es, por naturaleza, provisional.

Gráfica No. 1: Ingresos y egresos de los procesos judiciales en Colombia



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura – SIERJU. Recuperada de: www.ramajudicial.gov.co/

En las gráficas presentadas en el informe de gestión de la rama judicial al Congreso de la República del 2021, se evidenciaron los procesos entrantes y salientes en la administración de justicia desde el 2017, hasta el 2021. En las mismas se puede establecer que los procesos que ingresan a los despachos judiciales son mucho mayores que los que salen de forma satisfactoria de los mismos. El documento indica que debido a la histórica congestión judicial muchos de estos procesos se ven dilatados y prolongados en los términos que concreta la ley para su resolución. En otro documento de la Rama Judicial donde se estudian los términos procesales para el 2016 se estableció, que la duración de los procesos abreviados en primera instancia dura alrededor de 759 días, los ordinarios alrededor de 1001 días. En segunda instancia los procesos abreviados tienen una duración de 502 días, los ordinarios de 806 días. Esto sin contar, que la congestión judicial se presenta hoy en día como una de las falencias primordiales de la administración de justicia.

El tiempo de duración de los procesos puede generar una incertidumbre respecto de la eficacia de protección del derecho que se controvierte, por lo que en pro de protección a la seguridad jurídica se estableció necesaria el decreto de las cautelas, para que de forma provisional se asegure la integridad del derecho en controversia, sin embargo, al analizar la congestión judicial

y la duración de los procesos se podría pensar que la prolongación de los procesos genera de forma directamente proporcional la prolongación de las medidas cautelares, lo que genera que quien debe soportar la medida pueda sufrir una afectación más amplia en los derechos que tiene restringidos durante la vigencia de la cautela. Esto podría suponer una afectación en el elemento de provisionalidad de la cautela. Mientras que una de las particularidades que permite la armonía entre los principios constitucionales y las medidas cautelares es la provisionalidad, en el estado de congestión se prolonga el decreto de la cautela, generando afectaciones drásticas sobre quien recae la misma.

Lo anterior, puede configurar una disputa entre el debido proceso y la cautela, es el efecto que la congestión judicial genera para quien soporta la medida cautelar, que puede incluso analizarse si esta situación se liga con el prejuzgamiento al momento de instaurar la cautela por un tiempo prolongado. La problemática radica en que el goce efectivo de los derechos de la persona sobre quien recae la cautela se ve restringido mientras dura el proceso, el cual puede tomar mucho tiempo haciendo que se disipe la provisionalidad de la cautela.

Contexto normativo de la efectividad de los derechos y las medidas cautelares

El ordenamiento jurídico colombiano contiene distintas disposiciones encaminadas a preservar, garantizar y proteger los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales ratificados por nuestro país. Para el caso concreto, existen diferentes mandatos suscitados con el objetivo de amparar la efectividad de los derechos de aquellos que están inmersos en un proceso judicial y se ven presuntamente vulnerados por el prejuzgamiento de un operador judicial al ordenar una medida cautelar nominada o innominada.

La relevancia que se le da al objeto jurídico de investigación, a saber, efectividad de los derechos, se evidencia en lo establecido en la Constitución Política, específicamente, en su artículo

2 en donde consagra los fines esenciales de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, estableciendo que:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...). Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Constitución Política de Colombia, Artículo 2, 1991).

Asimismo, concuerda armónicamente con el derecho a la igualdad, entendiendo que todas las personas amparadas por la Constitución, gozan del derecho a obtener por parte de las autoridades la misma protección y trato, como también de hacer efectivas sus oportunidades y libertades sin ningún tipo de distinción. Por lo que recae sobre el Estado colombiano la encomienda y responsabilidad de velar por este cumplimiento, para que, de esta forma, se materialicen los derechos de forma material y no exclusivamente formal (Constitución Política, Artículo 13, 1991).

Bajo la misma perspectiva de protección, desarrollo y garantía de los derechos en aras de lograr un alcance real y cierto de la tutela jurisdiccional efectiva. Nos debemos remitir, por supuesto, al artículo 29 de nuestra Carta Política, este regula el derecho fundamental al debido proceso, el cual debe permear todo tipo de actuaciones judiciales y/o administrativas, atendiendo a las formas propias de cada procedimiento y juicio. Con el propósito de que los derechos se cumplan efectivamente los derechos que pueden verse en peligro al ventilarse en cualquier estrado o escenario judicial. Por el mismo entramado, el artículo 209 -principios de la administración pública- y 229 -acceso a la justicia- están intrínsecamente ligados con los preceptos

constitucionales mencionados y, sobre todo, con lo relativo al desarrollo de los fines esenciales del Estado comoquiera que, el primero, hace alusión a la potestad que ostenta la administración para su cumplimiento al prever que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...). Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado” (Constitución Política, Artículo 209, 1991); por otro lado, el segundo, hace hincapié en el acceso a la justicia y materialización de los derechos a través de ésta.

Trasladando el marco normativo al bloque de constitucionalidad, la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, ratificado por Colombia, establece un concepto jurídico claro acerca de las medidas de garantía, seguridad o de cautela al precisar que:

Para los efectos de esta Convención las expresiones "medidas cautelares" o "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a 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 civil. Los Estados Partes podrán declarar que limitan esta Convención solamente a alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ella. (Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, Artículo 1, 1979)

Asimismo, este instrumento internacional consagró que el adoptar medidas necesarias para la protección y garantía de la seguridad de las partes, está en cabeza de los Estados, a través de sus jueces y tribunales, con la finalidad de garantizar efectivamente la seguridad de las personas. La Convención establece: la inscripción de la demanda; la custodia de hijos menores o alimentos provisionales; los embargos y secuestros; y la administración e intervención de empresas

(Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, Artículo 2, literales a y b, 1979). Las anteriores medidas son catalogadas como medidas cautelares de orden nominativo o nominadas debido a que poseen un nombre en la ley, empero, no significa que sean taxativas, como lo consagra el artículo 7 de esta Convención al precisar que:

“El órgano jurisdiccional a quien se solicitare el cumplimiento de una sentencia extranjera podrá, sin más trámite y a petición de parte, tomar las medidas cautelares necesarias, conforme a lo dispuesto por su propia ley” (Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, Artículo 7, 1979).

Direccionando al ordenamiento legal colombiano, la Ley 1564 de 2012 -que es el actual Código General del Proceso- es la madre normativa, debido a la cláusula de residualidad, que regula la forma en que los derechos pueden hacerse efectivos a través de un procedimiento y hasta alcanzar una sentencia que garantice el *petitum* de las partes en controversia. Sumado a esto, guarda una estrecha relación con los principios plasmados tanto en la Constitución como en la Convención examinadas previamente, esto es: i) el acceso a la justicia (art. 2); ii) proceso oral y por audiencias (art. 3); iii) igualdad de las partes (art. 4); iv) legalidad (art. 7); v) debido proceso (art. 14); entre otros. En el Código General del Proceso se consagra la normatividad especial que regula las medidas cautelares en asuntos de carácter civil; comercial; de familia y agrario, además de aquellos referentes a las actuaciones entre particulares, cualquier jurisdicción y especialidad y sobre las actuaciones de las autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, siempre y cuando estas no estén contenidas expresamente en otras leyes” (Ley 1564, Artículo 1, 2012).

En cuanto al particular, debe hacerse mención al campo de aplicación que tienen las medidas cautelares en el ámbito procesal que se encuentra previsto en el artículo 588, que reza:

“Cuando la solicitud de medidas cautelares se haga por fuera de audiencia, el juez resolverá, a más tardar, al día siguiente del reparto o a la presentación de la solicitud. Tratándose de embargo o de inscripción de demanda sobre bienes sometidos a registro el juez la comunicará al registrador por el medio más expedito. De la misma manera se comunicará el decreto de medidas cautelares a quien deba cumplir la orden.” (Ley 1564, Artículo 588, 2012).

Recorrido histórico de la efectividad de los derechos en el contexto global

A lo largo de la historia se puede evidenciar que el ser humano se ha preocupado por darle una garantía, constituida en eficacia y efectividad a los derechos, por lo que desde sus orígenes hasta la época actual encontramos diferentes conceptos referentes a este objeto, esto conlleva a realizar una histórica exploración de aquellos hitos que han determinado una gran importancia en el precedente de este objeto de investigación.

En primer lugar, se debe hacer un acercamiento al año 1700 a.C. al Código de Hammurabi, redactado por Hammurabi, el antiguo rey de Babilonia. Este Código tiene su primera aparición en la Ley del Tali3n y consiste en un conjunto de normas que regulaban los comportamientos cotidianos de las personas en materia civil y, sobre todo, penal; es conocido como el primer c3digo civil y penal por su antigüedad. Adicionalmente, el Código de Hammurabi es una de las leyes registradas con mayor antigüedad cuyo objetivo primordial era explicarle a las personas cómo debían comportarse para vivir en armonía y paz de acuerdo con las leyes divinas; asimismo, incorpora la ley de justicia retributiva, conocida como la Lex Talionis -Ley del Tali3n-, cuya expresión más conocida es “ojo por ojo, diente por diente”. Por el mismo entramado, este Código supuso un importante avance en el derecho, pues se instauró en todo el territorio, uniendo a la población ante la ley, a diferencia de otros imperios, como el acadio, que gobernaba las ciudades

ocupadas con oficiales. Ergo, su contribución a la eficacia de los derechos parte de la premisa de que éstos están determinados por leyes escritas y no por voluntades personales que difieren según quien los ejerza.

La segunda forma de regulación más notoria se refleja en el I Corpus Juris Civilis que data del Imperio Romano 529-534 d.C. y fue una forma de recolección y organización del sistema legal y/o jurídico del Derecho Romano. Dicho de otra manera, esta normatividad dio el primer paso al declarar la superioridad de la ley sobre el sistema casuístico, obligando a los juristas romanos a utilizar las reglas generales y de contenido abstracto emanadas el emperador ara resolver problemas legales, logro que fue obtenido gracias a la unificación de todas las constituciones del imperio.

Como tercer hito, debe hacerse referencia a la inmemorable Carta Magna de 1215 donde el Rey, firmó la Carta Magna, en donde concedió amplios y novedosos derechos a sus barones y a su pueblo. Adicionalmente esta sería la primera vez en la que un rey se comprometió a acatar las normas y que, en dado caso que las incumpliera, los barones podrían acusarlo; Su importancia es tal, que se le estima como un de las bases del derecho común inglés. Por otro lado, la Carta Magna, utilizada para frenar los abusos de la monarquía, fue un documento en el que el Rey promete acatar los derechos de la nobleza y a no disponer de la vida de los nobles, su encarcelamiento o sus bienes. activos sin ser juzgados por sus pares. Así, no solo se pretendía regular la relación entre el rey y la nobleza, sino también demostrar que el poder del rey era limitado y debía ser sometido a una concesión por escrito. Por lo tanto, se considera la base de las libertades constitucionales en Inglaterra.

Un cuarto hito, en 1679 tiene cabida el Acta de Habeas Corpus en Inglaterra cuya finalidad era prohibir las detenciones sin previa orden judicial, tiene sus inicios gracias a la iniciativa del

partido Whig, comoquiera que las detenciones arbitrarias que realizó la corona inglesa en contra de sus contradictores, pero con la llegada de este instrumento jurídico, se previó que nadie podría ser detenido sin el previo mandato judicial, como tampoco ser juzgado dos veces por el mismo delito -cosa juzgada / *non bis in idem*-, o ser privado de la libertad en cárceles que estén ubicadas fuera del reino; por último, estableció que las órdenes de detención y encarcelamiento debían contener los motivos fundados para su procedencia. Asimismo, esta Acta determinó una relevancia jurídica porque permea las actuaciones antes y durante el proceso judicial en aras de preservar las garantías efectivas para la protección de los derechos.

Un quinto hito, en Inglaterra se originó The Bill of Rights o Carta de Derechos en 1689 que consagraba los derechos mencionados con anterioridad y cuyo propósito era limitar los poderes de la corona y que éstos se queden bajo el yugo de las normas aprobadas por el Parlamento inglés. Siguiendo el mismo camino, The Bill of Rights es uno de los primeros documentos creados por el parlamento que se estableció para garantizar las libertades y, entre muchos propósitos, estaban limitar el poder del rey quien podría privar al pueblo de su libertad de manera arbitraria, así como para controlar la recaudación excesiva e ilegal para el enriquecimiento de la corona y la promulgación de leyes sin el consentimiento del parlamento. Por otro sendero, la relevancia de este instrumento jurídico reposa en la posibilidad de que se pudiese tener libertad de culto, de expresión y de ingreso a las funciones públicas, además, erradicó la monarquía absolutista, de carácter hereditaria y de origen divino para dar paso al sistema de monarquía constitucional cuyo sustento está en la soberanía y en la hipótesis del contrato social.

Una sexta forma de regulación se dio en 1789, con la llegada de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que promulgó la igualdad de todos los considerados ciudadanos franceses (hombres), de esta misma forma, lo hizo la declaración americana dirigida a

los ciudadanos americanos. La primera fue el resultado de una asamblea nacional constituyente nacida en la revolución francesa, la cual, definió derechos como el de la libertad, la seguridad, la propiedad, la oposición a la opresión, entre otros. Sumado a esto, reconoció la igualdad de todos y cada uno de los ciudadanos frente a la ley y a la justicia; por último, consagró en Francia el principio de la separación de poderes.

El séptimo hito se gesta en el año 1864 con la Convención de Ginebra que es aquel convenio que reconoce tanto el mínimo de los derechos humanos dentro de un conflicto armado como la protección al personal médico militar y el trato humanitario a los heridos en combate. Este instrumento internacional junto a sus Protocolos adicionales son tratados internacionales que conservan las normas encaminadas a limitar la indignidad de la guerra al querer proteger a aquellas personas que participan en el combate y la hostilidad que se deriva de la misma, además de los que ya están fuera del combate por heridas o la misma muerte; ergo, por primera vez se prevén normas dirigidas a la dignidad y la decencia del ser humano en tiempos de guerra.

Un octavo momento se ve reflejado con el decreto de la Constitución de Weimar en 1919 en Alemania, donde se proclamaron los derechos individuales y la llegada de los derechos sociales, verbigracia, la protección a la familia, la educación, seguridad social y el derecho al trabajo. Esta tuvo su aparición luego del fin de la primera guerra mundial, esta Carta Política consagra los derechos fundamentales que debían ser protegidos por el mismo Estado, así como la adhesión de los derechos sociales; esta fue la primera Constitución en el mundo y en la historia en consagrar derechos sociales. Por el mismo entramado, en 1948 llegó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, convenio internacional que fue instaurada por la Organización de Naciones Unidas y establece que los derechos humanos son el eje fundamental de la libertad, la justicia y la paz de todos los Estados en el mundo.

Por lo anterior, se dilucida que hay un pendiente histórico para dar solución a la vulneración del prejuzgamiento judicial por parte de los operadores jurídicos que impide una efectiva garantía de protección a los derechos, porque si bien es cierto existe una regulación al respecto, no es menos cierto que el pendiente se sintetiza en la regulación que se debe hacer para determinar si las medidas cautelares nominadas e innominadas que debe soportar la parte son realmente necesarias, de manera que, no se generen perjuicios de índole patrimonial o moral al ser éstas decretas por el juzgador y queden a disposición de la terminación de un proceso sino que exista una mayor garantía para aquellos sobre los que recaen las cautelas.

La efectividad de los derechos en el ordenamiento jurídico

La tutela de los bienes jurídicos que constituyen nuestro marco constitucional para salvaguardar la efectividad de los derechos está en cabeza del Estado; es por esto que, le corresponde tanto a la Rama Judicial como a la misma sociedad, la protección y respeto de los derechos que puedan verse en disputa dentro de un proceso jurídico. De manera que, el análisis que se realiza responde a un enfoque funcionalista, a través del cual se logre comprender la esencia generadora de la problemática suscitada por el prejuzgamiento judicial.

Pablo Garcés Vásquez (2014) precisa que el principio de efectividad de los derechos constitucionales compromete al operador jurídico a precisar, de conformidad con el debido proceso, el procedimiento más adecuado y eficiente para contemplar su cumplimiento, principalmente, cuando la ley no lo precisa o lo hace de forma genérica, ergo, cuando se encuentre en peligro un derecho por acción u omisión, nace como presupuesto de obligatorio cumplimiento la exigencia de actividad estatal dentro de los despachos y los respectivos procesos judiciales, armonizados en virtud de las acciones legales. Asimismo, Valentin Coulson y Laura Ramírez

comparten lo anterior y añaden que la efectividad de los derechos debe verse como “aquella que se encarga de verificar las consecuencias de la aplicación de la norma y compararlas con la intención del legislador al promulgar dicha normatividad” (Coulson & Ramírez, 2010); y, además, establecen que una norma es efectiva siempre y cuando se cumplan con los fines establecidos en el ámbito político de cada Estado.

Por otro lado, Tania Groopie (2009) comparte que la efectividad de los derechos y de la justicia significan algo más que la efectividad de las sentencias como materialización de las pretensiones iusfundamentales; manifiesta que la capacidad de un sistema de justicia constitucional tiene que estar encaminada a cumplir las funciones para las cuales está predisposta. Sumado a esto, la Honorable Corte Constitucional, se aleja de los anteriores parcialmente para enfatizar en que:

“La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos.” (Corte Constitucional, Sentencia T-068, 1998).

Por el mismo entramado, Rafael Blanco Bermúdez (2021) expresa que la efectividad de los derechos, desde el ámbito de los derechos fundamentales, hace alusión al cumplimiento de la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico de cada Estado.

Blanco Bermúdez acierta cuando propone que, para la efectividad de los derechos, es requisito *sine qua non* que la ciudadanía -compuesta por los diferentes actores sociales- tenga participación y sea representada en espacios físicos donde todos interactúen entre sí y con la administración pública, compartiendo diversidad de opiniones en aras de que los derechos sean ejercidos y, por ende, efectivos. Tejiendo el mismo hilo, el Tribunal Constitucional se une a

Bermúdez al establecer que:

“La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad” (Corte Constitucional, Sentencia T-068, 1998).

Por otro lado, Tania Groppi señala que las sentencias son de vital importancia y se visten de respeto para que la ejecución de éstas se dé por parte de todos los sujetos del ordenamiento debido a que son imprescindibles para los fines de la efectividad de los derechos. Adicionalmente, Coulson & Ramírez, desde una perspectiva crítica, precisa que en Colombia los reglamentos se crean con y por razones distintas a las expresadas en la motivación descriptiva del proyecto emitido. Este hecho incide directamente en la eficacia instrumental de la ley debido a que el legislador la configura para alcanzar otros fines que le son más importantes. En otro camino, Pablo Garcés añade que, sin el impacto de los derechos económicos, sociales y culturales, así como también, los derechos civiles y políticos son solo una fachada y que, por otro lado, sin el ejercicio de estos últimos derechos, los derechos económicos, sociales y culturales carecen de sentido.

Coulson y Ramírez son enfáticos en que en el momento en que los fines de la ley sean los propuestos en su texto y no otros fines de carácter simbólico se están haciendo efectivos los derechos. Además, es importante tener en cuenta estas condiciones al realizar estudios de eficacia de las normas porque, para cumplir con una norma, debe tener una validez específica; cuando no funciona, puede ser una indicación de que el estándar fue creado con fines ocultos que requieren un análisis de su desempeño simbólico. Tejiendo el mismo hilo, Groppi, en concordancia con el aspecto constitucional de los anteriores, manifestó que para obtener cierta eficacia en las normas,

estas pueden entenderse desde el punto de vista de “minimizar” el impacto de las decisiones inconstitucionales en el sistema, a fin de evitar sesgos y encontrar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas constitucionales y no crear un vacío legal. Sumado a esto, Pablo Garcés fortalece lo anterior al exponer que en todos los ordenamientos jurídicos se considera el derecho constitucional como un recurso y un medio de protección de los derechos -fundamentales-, las garantías y las libertades individuales de las personas a través de mecanismos denominadas acciones.

El Honorable Tribunal Constitucional, precisó que para el cumplimiento de los fines y objetivos del Estado se requiere de una función administrativa eficaz que responda a aquellas exigencias necesarias del Estado Social y Democrático de Derecho, *verbigracia*, el derecho fundamental a la seguridad social -artículo 48 constitucional- debe ser atendido de forma oportuna y eficaz para la de los derechos iusfundamentales. Asimismo, Blanco Bermúdez en armonía con la Alta Corte, expresó que es necesario para la realización de los derechos e intereses colectivos, tales como el medio ambiente sano, el disfrute de los espacios públicos, la seguridad y salud públicas, la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos, el desarrollo ordenado y planificado de las ciudades, y primando el beneficio de la población. calidad de vida, entre otros, el efectivo cumplimiento de los fines esenciales del Estado y los derechos que como ciudadanos nos cobijan en aras de construir una sociedad en armonía tanto social como jurídica.

Pablo Garcés comparte criterios con la Corte Constitucional al establecer que para que los derechos tengan eficacia en momentos de peligro inminente o de reparación por un perjuicio ocasionado se debe accionar al Estado como garante teniendo en cuenta aquellos mecanismos de protección constitucional. Coulson & Ramírez precisan que hablamos de a eficacia en el momento en que los destinatarios de una norma, la aceptan y por consiguiente actúan en concordancia con

sus preceptos típicos. Desde un argumento más normativo, Tania Groppi comparte que la eficacia de la justicia constitucional como su aspecto central se manifiesta en la facultad de las disposiciones legales de los jueces para remediar las violaciones a la constitución, mediante el restablecimiento de la legitimidad constitucional violada. Por último, Rafael Blanco manifiesta que la función de los jueces es velar por la eficacia de los derechos fundamentales, siendo una cuestión de cautela que los jueces no traspasen los límites fijados por la racionalidad y la proporcionalidad.

Éste último también fijó como parámetro y compartiendo lo establecido por el Alto Tribunal, en el entendido que la eficacia de los derechos también se puede proteger por medio del control judicial efectivo, cuando se agilizan y facilitan las actividades de las autoridades competentes para que puedan ejercer adecuadamente sus facultades en el ejercicio de sus funciones oficiales, pero, también resalta la efectividad del control popular o social para la salvaguarda de los derechos e intereses colectivos. Adicionalmente, Groppi compartiendo lo anterior, destaca que a través del control de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional, con el fin de atender la necesidad de proteger los derechos fundamentales y garantizar la constitucionalidad de las leyes sustantivas, se encuentran íntimamente relacionadas; por otro lado, Pablo Garcés da relevancia a una dimensión iusfilosófica del derecho donde las reglas y los derechos del sujeto se confrontan con la realidad, humanizan las teorías de la justicia fuera del ámbito de la interpretación judicial porque es la racionalidad constitucional la que debe crear espacios de valor y principios.

Análisis crítico del principio de imparcialidad judicial en las medidas cautelares

La revisión de posturas metodológicas e históricas que proponen diferentes soluciones a la coyuntura del prejuzamiento judicial, dentro del marco de antecedentes investigativos, aproximan a la siguiente tipología: las cautelas en el ordenamiento jurídico; el primer principio de tipificación,

relaciona a la necesidad de la imposición de la medida cautelar, que opera desde el área de la discreción del juzgador que ha adoptado con base en el ordenamiento jurídico para la protección de las pretensiones y/o derechos del peticionario -demandante, querellante, denunciante, entre otros-, basándose en la rama del derecho procesal; el segundo, despliega una solución desde el prejuzgamiento judicial propiamente dicho, teniendo en cuenta, componentes de orden jurídico encaminado a identificar los perjuicios a la hora de decretar una medida cautelar.

El primer tipo, como se mencionó, hace referencia a la necesidad de imponer una cautela que, como propuesta de resolución, aborda aspectos desde un punto de vista normativo, y concluye que es necesaria la presencia de esta institución jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, se debe solidificar normativamente en aras de proporcionar las soluciones pertinentes para proteger a los que puedan percibir un agravio concomitante o futuro y asegurar la emisión de una sentencia judicial.

Por este orden, la investigación de Jesus David Antonio Peña Palacios titulada “La Necesidad de las Medidas Cautelares en los Procesos Ordinarios Laborales” (Peña, 2016) afirmó que dentro de la jurisdicción ordinaria laboral se está presentando un problema en materia procesal y, sobre todo, en la insolvencia de las organizaciones y allí participan las medidas cautelares comoquiera que los derechos objeto de litis sufren por los movimientos fraudulentos que realizan los demandados, ergo, se hace necesaria y urgente el decreto y práctica de las medidas cautelares con el propósito de proteger los derechos sociales reconocidos en la Constitución y que están en juego dentro de un proceso ordinario laboral. Asume una postura análoga, Sandra Anillo y Álvaro Arroyo en su investigación “La Necesidad de Implementar las Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Ordinario Laboral Colombiano” (Anillo & Arroyo, 2021) al precisar que las medidas cautelares permiten que:

- i) Sean efectivas las sentencias laborales, es decir, que se cumplan, ii) protegen los derechos de los

trabajadores ante la demora del proceso, iii) ayudan en la descongestión judicial por minimizarse el uso de la acción de tutela, iv) amplían el campo de acción de los operadores judiciales, v) permiten el pago de los derechos laborales de los trabajadores. En relación con la pregunta problema propuesta, se concluye que la necesidad de implementar este tipo de medidas se fundamenta en la protección de los derechos de los trabajadores, quienes tradicionalmente se han posicionado como la parte débil de las relaciones laborales. (Anillo & Arroyo, 2021, pág. 14)

Manuel Ortells Ramos con su artículo titulado “Las Medidas Cautelares” se adhiere a lo anterior, pero agrega que el para que se enaltezca el derecho a una tutela judicial efectiva se debe alinear con el derecho a una tutela judicial cautelar, derecho que impone al órgano legislativo que debe establecer la posibilidad de que en jueces puedan decretar medidas cautelares y estas no deben limitar los derechos fundamentales, ni a los de carácter moral o no patrimoniales, sino que debe ser abierta para toda clase de derechos. Por el mismo hilo, con el proyecto de grado “El Principio de Proporcionalidad en las Medidas Cautelares Innominadas como Garantía a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisdicción Ordinaria Civil Colombiana” de las autoras Grecia Cristina Cuéllar Parra y Kelly Paola Villamizar Torrado (2015), precisan que en materia de las medidas cautelares innominadas, aunque aparentemente pueda parecer una figura novedosa, se han transformado en un instrumento jurídico inalienable para que el operador judicial se enfoque en encontrar la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos dentro de un proceso judicial, complementando las medidas cautelares tradicionales -o nominadas- que eran insuficientes para todos los supuestos de hecho.

La Organización de Estados Americanos -OEA- agrega en su artículo “Las medidas cautelares y su importancia para la protección de los derechos humanos en las Américas” (OEA, s.f.) que la relevancia de la aplicación de las medidas cautelares se desprende de la permisión efectiva de los derechos humanos en situación de gravedad y urgencia, como también cuando la

situación fáctica genere daños irreparables a las personas y han demostrado ser un instrumento jurídico para el blindaje de la seguridad jurídica y los derechos de las partes en un proceso judicial. Asimismo, María Alejandra Bolívar en su artículo científico “Las Medidas Cautelares Innominadas y su Relación con el Principio de Legalidad” (Bolívar, 2018) de conformidad con la OEA y la relevancia de las cautelas, afirma que estas tienen importancia en los procesos jurídicos porque garantizan aquellos derechos involucrados de quienes participan en un proceso, en consecuencia, las medidas cautelares que están exclusivamente taxativas en la ley no son suficientes, ergo, gracias a la evolución de la tecnología las medidas cautelares innominadas llegaron a nutrir el ordenamiento jurídico para ayudar en supuestos fácticos que no tienen respuesta con las cautelas expresas y así obtener una justicia social efectiva.

Sumado a lo anterior, el artículo “Medidas Cautelares Innominadas en Procesos de Competencia Desleal y su Capacidad de Afectación a los Consumidores” de Jose Fernando Sandoval Gutiérrez afirma que:

“la demora normal del proceso puede implicar para el demandante el agravamiento de su situación a tal punto que ya sea demasiado tarde cuando la sentencia se profiera, aspecto que justifica la necesidad de que exista la facultad de proferir medidas cautelares.” (Sandoval, 2020, pág. 5).

Asimismo, Jaser Orlando Córdoba Palacio y Sindy Paola Mosquera Chaverra, en su trabajo de grado titulado “La Importancia de las Medidas Cautelares Decretadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en los Casos de "Publicidad Engañosa" y "Competencia Desleal" en Colombia” (Córdoba & Mosquera, 2019, pág. 74) precisan, en concordancia con Sandoval, que estas tienen ciertas implicaciones jurídicas y se estima la presencia de buen derecho además de acreditar una palpable afectación o perjuicio por la presunta amenaza o transgresión de un derecho,

ergo, las medidas cautelares no son una penalidad por sí mismas sino que tienen un carácter preventivo que persiguen la salvaguarda de la ejecución de una sentencia venidera y, además, amparar el derecho en litis.

En el trabajo de grado “Las Medidas Cautelares Innominadas en el Código General del Proceso y sus Efectos Constitucionales de Legalidad y Debido Proceso” de la autora Laura Isabel Clavijo Meléndez (2018) estableció una conclusión que reúne varias posturas de los artículos anteriormente examinados, a saber:

De lo anterior se concluye que las medidas cautelares son una institución procesal, las cuales se encuentran encaminadas a garantizar que la sentencia sea acatada en su decisión y fundamentalmente que se respeten principios constitucionales, en consecuencia, buscan una protección efectiva de los derechos de las partes. No obstante, las medidas cautelares contempladas de manera típica como lo son, la inscripción de la demanda, la guarda y aposición de sellos, el secuestro y el embargo, en muchos casos no garantizaban la efectividad de la sentencia, por ello el Código General del Proceso implementó las medidas cautelares innominadas como un mecanismo procesal no previsto en la ley, que puede, dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. (Clavijo, 2018, pág. 37)

En el segundo tipo, como se indicó, los autores confluyen bajo el principio de tipificación del prejuzgamiento judicial o las consecuencias negativas del mandato de una medida cautelar -nominada o innominada-, en el cual las soluciones análogas de los autores se encaminan a la posibilidad de que el operador jurídico adopte una postura subjetiva y nuble su carácter imparcial dentro de un proceso judicial por adoptar un patrón de acorde a las conductas sociales, de carácter humano o emocional, para intervenir en los escenarios procesales de calle extralimitando sus

funciones.

Lays Alejandra Meza Yances en su artículo de investigación “Prejuzgamiento o no en aplicación de medidas cautelares en los procesos por competencia desleal en Colombia” (Meza, 2019) expresó que el juez tiene que aprender a valorar o interpretar cuando se está en la presencia de una apariencia de buen derecho para cerciorarse de su decisión sobre ordenar o no la ejecución de una medida cautelar que se solicita por una de las partes, pero así mismo, se originan una serie de interrogantes al momento del decreto y práctica de la cautela, verbigracia, que su mandato configura un prejuzgamiento para aquella parte que debe soportarla, como si se hiciese un símil de una sentencia anticipada lo que impresiona los fines esenciales de la justicia y de las facultades jurisdiccionales de las autoridades administrativas dedicadas a dirimir procesos especiales.

Tejiendo el mismo hilo, Jeisson René Camargo Ariza comparte el argumento de Meza y en su tesis para optar por su maestría titulada “Eficacia de la Medida Cautelar Innominada en los Procesos Adelantados ante los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá, Una Perspectiva desde el Análisis Económico del Derecho” y reafirma que:

“Si bien el requisito de apariencia de buen derecho no puede igualarse al prejuzgamiento, no es menos cierto que su reconocimiento implica una declaración del juez respecto a los asuntos que aún no se han debatido en el proceso” (Camargo, 2019, pág. 85)

Desde otra perspectiva, Luis Antonio Mojica Figueroa en su artículo titulado “Las Medidas Cautelares Innominadas y la Crisis Moral del Abogado en Colombia” (Figueroa, 2016) se adentró en el ámbito de un requisito de procedibilidad para acceder a la justicia, la conciliación extrajudicial y manifiesta que es necesario que el juez omita este requisito siempre y cuando se realice un estudio valorativo y profesional sobre el cumplimiento de los requisitos mínimos que son exigidos para que éste otorgue el decreto de las medidas cautelares -nominadas o innominadas-

toda vez que deben ser observadas milimétricamente con el propósito de que no sean practicadas con un fin distinto al contemplado en la ley y ponga en riesgo la conciliación como requisito de procedibilidad ocasionando la ineficacia del sistema judicial colombiano. Por último, William Hoanny Amador Ramos y Jenny Zuleima Velasco Lizcano (2019) en su investigación: “Medidas cautelares, medidas innominadas y medidas provisionales en la acción de tutela: Una breve comparación en la aplicación de estas medidas entre los procesos verbales y la acción de tutela”; en concordancia con los autores de esta tipología, establecen que el operador judicial puede verse inmerso en un prejuicio cuando debe decretar medidas cautelares innominadas ya que encuentra razones -tomar partido- hacerlo y, por lo tanto, establecen que:

Dado que las “medidas cautelares” innominadas no son taxativas, es decir, que al no estar determinados por el legislador los supuestos de hecho, en los cuales ellas se enmarcan, es deber del juez en prima face que encuentre necesaria, razonable, proporcional, efectiva e idónea dicha medida, en pro de hacer efectiva una sentencia futura definitiva, salvaguardar el derecho y/o evitar un daño o perjuicio al demandante, aplicando los principios y valores constitucionales en el caso en concreto. (Amador & Velasco, 2019, pág. 47)

La continuidad dialéctica de la tipificación de los autores tratados versa, desde las investigaciones analizadas, en que la coincidencia de estos radica en los participantes que coadyuvan en una posible solución al fenómeno del prejuzgamiento judicial en nuestro ordenamiento jurídico procesal, donde se logra enmarcar un trípode, por un lado, a la parte que pretende asegurar su derecho, por otro, a la parte sobre la que recae la medida y que debe soportarla y, por último, al mismo operador judicial quien debe analizar e interpretar las normas para establecer el decreto o no de una medida cautelar. Asimismo, su utilidad permite que cada interviniente investigador aporte, desde su posición autónoma, las soluciones pertinentes, verbigracia: desde la necesidad de la imposición de una cautela; desde el fortalecimiento normativo

de las medidas cautelares; o desde la función pública y normativa que ofrece el Estado colombiano para evaporar este fenómeno jurídico.

En ese orden de ideas, la ruptura epistémica que se erige del estudio de las tipologías es, en concreto, cómo se puede evitar que el operador judicial se involucre subjetivamente en las decisiones de carácter jurídico dentro de un proceso legal cuando verse sobre medidas cautelares. Teniendo en cuenta esto, la facultad legal solo la ostenta el juez y las normas que interpreta, no la sociedad per se, por lo que el campo de aplicación es más limitado, pero no menos importante, para los que proponen una posible solución a la problemática en cuestión desde el punto de vista del fortalecimiento de la imparcialidad judicial.

Poniendo en consideración la ruptura epistémica, la pregunta problema de la investigación, se encasilla de la siguiente manera: ¿Cómo se potencializa la imparcialidad del operador judicial en las decisiones de carácter jurídico dentro de un proceso legal, en tratándose del decreto de las medidas cautelares nominadas e innominadas en Colombia?

Acercamiento a la seguridad jurídica

Para la elaboración del marco teórico que encamine y oriente la conceptualización de la respuesta a la incógnita de investigación es necesario adoptar la sistematización de las claves teóricas y de la brecha metodológica que se expondrán a continuación.

Vanessa Córdoba (2019) desplegó el principio de imparcialidad judicial al establecer que debe primar un proceso justo en el poder judicial en la medida en que se respeten todos los derechos de las partes que se encuentren en la litis, ostentando un juez visto como un tercero imparcial decisorio ajeno a cualquier tipo de interés en las decisiones judiciales del proceso, un operador judicial que esté libre de prejuicios y lleno de objetividad al momento de resolver; además, si hay

algo que otorgue legitimidad a la justicia son las formas y etapas del juicio en donde prime el valor de la jurisdicción y sus principios -como el de imparcialidad-. Comparte lo expuesto Adolfo Alvarado Velloso (2014) indicando que este tercero neutral investido de autoridad para dirigir y sentenciar un proceso judicial y que, para lograr esto, no debe ubicarse en la posición de parte - demandante o demandado- toda vez que nadie puede ser el que pretende ni ser el juez al mismo tiempo, tiene que carecer de cualquier tipo de subjetividad en la solución de una controversia y debe actuar, de manera tranquila, sin ningún tipo de yugo o presión jerárquica respecto de las dos partes en la litis. Por otro sendero, Felicitas Debolnis (2017) citando a Montero Aroca (2006) agrega:

la imparcialidad implica, necesariamente, la ausencia de designio o de prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que, incumpliendo con ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes. (Montero Aroca, 2006, pág. 69)

Todo operador judicial debe tener características inherentes a todo juez justo, ya que el signo de la justicia es un atributo inherente a la existencia del poder judicial, por lo que es difícil hablar de función judicial si el signo cero de la justicia está directamente relacionado; por esto, no puede haber juez parcial, de hecho, ni siquiera será juez y no justificará un juicio real, por los principios de igualdad de armas y las contradicciones serán descartadas de inmediato. (Córdova, 2019). Con todo lo anterior, la palabra imparcialidad significa algo más que la falta de cuidado que suele mencionarse al determinar el trabajo diario de un juez, verbigracia, requiere garantías inequívocas tales como: i) ausencia de prejuicios de cualquier tipo (específicamente, raza o

religión) hacia las partes y el tema en disputa; ii) independencia con cualquier opinión y, por lo tanto, ningún comentario sobre sugerencias o persuasión de personas interesadas que puedan influir en su estado de ánimo; iii) no identificarse con una ideología en particular; iv) evitar por completo la posibilidad de regalos o sobornos; v) entre otros (Alvarado, 2014).

Debolnis agrega, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la imparcialidad se visualiza cuando un juez en una disputa en particular aborda los hechos del caso, no está subjetivamente sesgado y de manera similar brinda garantías suficientes para una defensa objetiva y despejar todas las dudas que éste o la misma comunidad tengan.

Por añadidura, Córdova precisa que una de las funciones que desempeñan los jueces es la de dirigir y controlar el proceso judicial, respetando siempre las garantías constitucionales; en cumplimiento de los términos de referencia de cada parte, cada una de las ellas se sujetará a los lineamientos que garanticen el debido proceso legal, incluido el principio de imparcialidad. Generalmente, este principio se define como aquella situación objetiva en que debe encontrarse un juez en relación con la causa que debe conocer e incluye dos características principales que indican la posición de éste en un caso particular: la objetividad e imparcialidad. Ahora bien, Alvarado adiciona que la tarea de ser imparcial es asaz y difícil ya que exige una absoluta neutralidad que debe ser llevada a cabo en todos los presupuestos de la justicia con todo lo que esto involucra; sumado a esto, Debolnis establece el principio procesal de imparcialidad tiene tres características fundamentales: la imparcialidad -el juez no es parte-, la imparcialidad -carencia de interés subjetivo en las decisiones judiciales- y la independencia -actuar sin subordinación jerárquica hacia las partes y de las instituciones ajenas al proceso-.

La justicia se fundamenta en la existencia de circunstancias que no guardan relación con el ejercicio de la función del juez en un caso particular y se incorporan al proceso como principio

necesario para el desarrollo del proceso, pues constituye una etapa inicial e imprescindible. en la determinación de un juicio justo (Córdova, 2019); además, el proceso es un método establecido por la ley para que dos coasociados que se encuentren en una situación hostil, donde exista un conflicto de intereses entre ellos, en lugar de ponerle fin por la fuerza y acuerden discutir el asunto, entablen un diálogo y una discusión ante una tercera persona neutral que, en virtud de sus atributos de, imparcialidad e independencia, resuelve acorde a la argumentación suscitada (Alvarado, 2014). En ese contexto, Debolnis citando a Josep Aguiló (1997) sostiene que, por su parte, argumenta que la independencia intenta controlar los impulsos del juez frente a móviles e influencias irrelevantes del orden social, como las relaciones de poder, el juego de intereses o el sistema de valores fuera de la ley.

Cuando se trata de justicia, se hace desde una perspectiva constitucional en el ámbito del debido proceso y la seguridad jurídica, que es el estándar de justicia por el cual se deben tomar las decisiones y si el juez no actúa con la justicia necesaria, se pone en riesgo no sólo a las partes en el proceso, sino también a la credibilidad del sistema judicial (Córdova, 2019). Por otro lado, Adolfo Alvarado expresó que:

“el diseño triangular del proceso que imaginó civilidad auténtica para lograr la paz de los pueblos y que rigió desde que la razón de la fuerza fue trocada por la fuerza de la razón, con un juez que aseguraba la igualdad de los parciales con su propia imparcialidad, cambió por contingentes razones políticas que no han sido superadas hasta hoy” (Alvarado, 2014, pág. 223).

Por último, Felicitas Debolnis, en armonía con los anteriores, expresó que la imparcialidad es una garantía para el juez, una garantía para los ciudadanos y los deberes y derechos judiciales para los acusados. Pero es importante recalcar que este principio, que vemos como sólido, no está

completamente desarrollado, es decir, no es absoluto, porque en cualquier desafío el sesgo está inevitablemente siempre presente.

El tercero imparcial (juez, tribunal...) que ostenta la calidad de autoridad para procesar y sentenciar un litigio debe estar investido de imparcialidad e independencia, tanto en sus decisiones, como con respecto de las partes, pues su ejercicio versa sobre la protección y tutela de los derechos e intereses debatidos en litigio y, el juez o tercero, actúa como garante de estos derechos. Sumado a esto, no se puede hablar de una función judicial sin la imparcialidad del juez, entendido como el rasgo indispensable para el desarrollo del proceso y los principios de las partes involucradas en la litis. Si bien la imparcialidad se puede definir de muchas formas, la Corte IDH, la entiende como aquella 'sujeción libre de todo prejuicio por parte del juez', quien también ofrece garantías para desterrar toda duda que se pueda generar por la falta de esta.

Por otro sendero, como las funciones del juez implican dirigir y controlar el desarrollo del proceso la imparcialidad es fundamental pues permite respetar las garantías constitucionales de las partes involucradas en el mismo, sin embargo, de esta se despliegan 3 aspectos fundamentales los cuales son: la objetividad, que se refiere a la ausencia de influencias de cualquier tipo en los procesos de conocimiento y/o de decisión; la neutralidad habla de la no injerencia del juzgador en el proceso más allá de sus funciones, es decir, el juez debe carecer de cualquier interés subjetivo sea material o formal en la solución del conflicto: y la independencia, que habla de que en sus actuaciones, el juez no debe estar subordinado jerárquicamente con respecto de ninguna de las partes, los intervinientes y/o las instituciones o personas ajenas al proceso. Con todo, la ley crea y configura el proceso como un método que tiene la finalidad de que dos partes en conflicto puedan dirimirlo a través de un tercero imparcial e independiente que los guíe en la solución. El interés en que se funda la imparcialidad que debe tener el juez es superior, de orden colectivo, con el fin de

que la contienda se resuelva civil y pacíficamente manteniendo la paz social, es pues, la imparcialidad indispensable para que el proceso sea justo, ligado a esto la independencia también es fundamental en el sentido en que mantiene alejado al juez de las influencias extrañas al derecho.

Desde una perspectiva constitucional se entiende que la imparcialidad tiene resonancia con el debido proceso y de la seguridad jurídica, que figura como criterio propio de la justicia, y a través de la cual, las decisiones adoptadas necesariamente requieren tomarse de acuerdo con criterios objetivos, pues de no ser así, las partes que intervienen en el proceso correrían un riesgo significativo, como también lo haría la credibilidad de sistema de justicia. De esta forma, la imparcialidad judicial se erige como una garantía para los jueces, los ciudadanos, y se funge como un deber judicial y un derecho de las partes en el litigio. No obstante, es menester comprender que este principio no es absoluto, pues inevitablemente en todo juicio siempre se presenta un cierto grado de preacerjuicio.

La brecha es entonces la aplicación de la seguridad jurídica como instrumento o herramienta para inmiscuir el principio de imparcialidad judicial en las prácticas profesionales del Derecho; considerando que, como lo establece Antonio P. Luño (2000), es un valor que está íntimamente propio de los Estados de Derecho, cimentado en los requerimientos objetivos de la corrección estructural y funcional que es connatural al ordenamiento jurídico, a las normas positivas y las instituciones que las rige; de ahí que el sistema jurídico obliga al sujeto que obtiene aquella certeza o verdad de los resultados producto de los actos subjetivos de cada quien. Por el mismo entramado, el principio de imparcialidad, a través de una herramienta denominada de la seguridad jurídica, se deberá validar por medio del derecho comparado, donde se establecerá la necesidad de describir las normas jurídicas atinentes a la necesidad de invocar las medidas cautelares en cualquier ordenamiento jurídico.

Capítulo II: El derecho comparado, refuerzo de las medidas cautelares como mecanismo de protección al derecho que se pretende en aras de blindar el principio de imparcialidad judicial.

En la legislación colombiana se encuentran taxativamente consignadas las medidas cautelares, contenidas en diversos mandatos constitucionales y legales, adicionalmente, un gran entramado legal y jurisprudencial permite la posibilidad de extender la implementación e interpretación normativa a favor de fortalecer las cautelas más allá de lo escrito, Este favorecimiento tiene el propósito de proteger aquellos derechos debatidos de las partes inmersas en el litigio o proceso judicial, tales como el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros.

Esta investigación, al ser de tipo socio jurídico, se desarrolla con el propósito de responder al enfoque funcionalista y a un alcance descriptivo, para ello, la investigación se lleva a cabo con la implementación del método de Derecho Comparado. Este método, permite examinar las diferencias y similitudes que se observan en los diversos avances legislativos y las regulaciones normativas de las medidas cautelares en distintos países, lo que permite en el contexto colombiano observar una apertura legislativa teniendo en cuenta el objeto jurídico de la investigación que es, la efectividad de los derechos. Con relación al método aplicado se realizó un análisis normativo y jurisprudencial a cinco ordenamientos jurídicos, resultando está, en una investigación con fuentes documentales. De igual forma, para el examen y procesamiento de la información recolectada, se tomó como unidad de análisis la regulación de las medidas cautelares; de fuentes correspondientes a la necesidad, su posicionamiento legislativo y su posible desarrollo dentro del ordenamiento jurídico tanto colombiano, como jurisprudencia en cada país examinado.

Experiencias legislativas entorno a la aplicación de las medidas cautelares para evitar el prejuzgamiento judicial desde un análisis comparado

Uno de los supuestos fundamentales en la presente monografía es el avance normativo, sin embargo, también se hace énfasis en la presente preocupación persistente con respecto a la demora judicial para solucionar los litigios, son un padecimiento de antaño que choca por completo con los preceptos constitucionales y legales colombianos, generando de esta forma una incertidumbre jurídica, al denotar que las leyes no están acordes con el movimiento de la sociedad y, consecuentemente, con el mismo Derecho entendido como rama del saber. Por esta misma razón, recurrir al estudio comparado se hace con el motivo de comprender, entre otras cosas, la situación en la que se encuentra regulada la aplicación de las medidas cautelares en otros ordenamientos jurídicos, y los beneficios legislativos, sociales y culturales que su regulación trae para estos países, y de esta forma, brindar una posibilidad para que Colombia encuentre de esta comparación una posible solución en pro de la celeridad procesal. Para lograr lo anteriormente señalado, se profundizó en un estudio jurídico en diversos países de Latinoamérica y uno de Europa, que regulan la institución jurídica de las medidas cautelares, y que dado el análisis se estableció la posibilidad de acercamiento a una perspectiva que, desde los analizadores teóricos, fundamente la solución a la pregunta de investigación, de esta forma, se tuvo en cuenta para el método comparado: i) Perú; ii) Argentina; iii) España; iv) Ecuador; v) Costa Rica; y vi) Paraguay.

Escenarios de la efectividad de los derechos en tratándose de las medidas cautelares, una perspectiva comparada

Acercamiento normativo a las medidas cautelares

Las medidas cautelares nominadas, han sido definidas como:

“aquellas que se encuentran taxativamente preestablecidas por el legislador en

determinados procesos judiciales, tales como la inscripción de demanda sobre bienes sujetos a registro, el embargo autónomo de bienes muebles e inmuebles, el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio, u otro derecho real principal”.

Adentrándonos al método comparado, en el estado peruano, se comparte la visión de nuestro ordenamiento jurídico colombiano, en el sentido en que faculta al juez para que emita las medidas cautelares típicas -aquellas que agregan todas las modalidades de embargos y secuestros, las anotaciones de demanda, asignación anticipada en alimentos, en asuntos de familia y menores, en administración de bienes, en desalojo y cautela posesoria- dependiendo de qué proceso se esté ventilando en cada estrado judicial; con todo, la práctica de estas medidas se encuentran consagradas en el Código de Procedimiento Civil Peruano, en el Título IV, artículos 608 al 687, en donde se refleja que es indispensable tener en consideración la instrumentalidad del proceso cautelar comoquiera que las cautelas están en manos de un proceso principal en donde se encuentra la pretensión del accionante y cuya medida está dirigida a que se garantice esa pretensión (Decreto Legislativo N°768, Artículo 612, 1992).

En Argentina, el país celeste y blanco, también engruesaron su ordenamiento jurídico con la necesidad de las medidas cautelares dentro de los procesos judiciales, estableciendo, en el orden nacional, todo tipo de normatividad encaminada a regular las medidas cautelares y se plasmaron en el Código Procesal Civil y Comercial, en el Capítulo III, Sección 1°, desde el artículo 195, donde se reguló que las “providencias cautelares pueden ser solicitadas antes o después de deducida la demanda” (Ley 17454, artículo 195, 1981). Comparte su rigidez formal y la taxatividad propia de estas solicitudes, donde se deberá manifestar el derecho que pretende amparar, el tipo de cautela que se solicita, la disposición normativa que la fundamenta y el lleno de los requisitos que le sean exigidos por la ley para cada medida en particular. Asimismo, el operador judicial no

decretará medida cautelar alguna que obstaculice, comprometa, afecta o ponga en peligro los recursos del Estado y cuando exista alguna causal de incompetencia por parte del juez y ya ha decretado la medida, esta permanecerá en su validez, pero no prorrogará la competencia y deberá remitir las actuaciones al juez competente en aras de la efectividad de la justicia.

Por otro sendero, en el marco procesal argentino, el artículo 199 desprende las medidas cautelares serán decretadas bajo la responsabilidad de la parte que solicitó la precautoria y deberá erigir una caución por las costas, daños y perjuicios que llegase a ocasionar (Ley 17454, artículo 199, 1981). Encaminándose al continente europeo, en España se adopta el principio de rogación que consiste en que el interesado debe solicitar, sí o sí, la medida cautelar al juez, no cabe la aplicación de esta de oficio por el juzgado (Ley 1, Artículo 721.2, 2000), como también deben ceñirse bajo unas circunstancias para su modificación en el evento en que sea necesario cuando los hechos y circunstancias que no se pudieron tener en cuenta en el momento del decreto sean relevantes dentro del juicio (Ley 1, Artículo 743.1, 2000); sumado a esto, se pueden llegar a solicitar varias cautelas a la vez: a las medidas cautelares se les denomina “medidas cautelares específicas”, consagradas en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC- y pueden ser el embargo preventivo de bienes, la formación de inventarios de bienes, así como, la anotación de la demanda y, la orden de cesar provisionalmente una actividad (Ley 1, Artículo 727, 2000).

Trasladándose al ordenamiento ecuatoriano, las medidas cautelares fueron, en principio, para el amparo de bienes materiales o para conservar las formas del proceso, pero, se han justificado cuando el bien que se protege son derechos humanos trazados en su Constitución, por lo que contrasta con muchos países en materia de cautelar ya que se entienden como autónomas y no como accesorias dentro de un proceso (Constitución Política de Ecuador, Artículo 87, 2008). Con todo, estas medidas se pueden decretar de manera conjunta o independiente de las acciones

constitucionales que salvaguardan los derechos en aras de evitar un perjuicio o hacer cesar la transgresión de un derecho. Sin embargo, cuando se da inicio al proceso jurídico y no se han solicitado medidas cautelares, el juez de oficio exhorta a las partes para que interpongan las cautelas que consideren pertinentes con su respectiva caución -siendo un proceso más inquisitivo, a diferencia de los anteriores países-.

En el ordenamiento jurídico costarricense, la salvaguarda de los derechos está en cabeza de los de Tribunales de Justicia, es así como en el artículo 95 del Código Procesal Civil de Costa Rica que establece que:

El tribunal fijará con precisión la medida o las medidas que se admiten y determinará la forma, la cuantía y el tiempo en que deba prestarse la caución. Se dispondrá lo necesario para el efectivo cumplimiento de lo que ordene. Las medidas cautelares nominadas, son todas aquellas establecidas en las leyes y ordenanzas vigentes en Costa Rica (Ley 9342, Artículo 95, 2016)

En general, la cautela no se establece por una parte de manera autoritaria, sino que antes de su adopción se debe hacer traslado a la parte contraria para que intervenga. Para esto, cuando reciba la solicitud de la medida se deben convocar a las partes a una audiencia pública y oral en la mayor brevedad posible, en donde se escucharán a estas, se admitirán y practicarán las pruebas que se necesiten, tal y como lo prevé el artículo 96 que reza lo siguiente:

Las medidas decretadas sin audiencia previa no tienen recursos algunos. pero notificado el afectado, respecto de la adopción de la medida, podrá oponerse en el plazo de tres días; solicitar, de forma justificada, su levantamiento o modificación y ofrecer la prueba pertinente. La falta de oposición implicará conformidad con la medida. Si se formula oposición se convocará a las partes a una audiencia oral que se celebrará a la mayor brevedad posible, en esta se decidirá si las medidas provisionales se mantienen, se modifican o se levantan. (Ley 9342, Artículo 96, 2016)

En términos de la oficiosidad del operador judicial, puede darse en casos específicos

comoquiera que, según el artículo 77 del estatuto procesal, establece que, sin importar la clase de proceso, antes o durante su procedimiento, se puede pedir una medida cautelar en cualquier momento y, salvo disposición contraria, se decretarán bajo su responsabilidad y, el Tribunal podrá adoptarlas de oficio para la preservación del patrimonio sucesoral en el aseguramiento de bienes. A diferencia de otros ordenamientos, el país albiceleste -Paraguay-, aquel que soporte una medida cautelar tiene la facultad de solicitar la modificación de la misma:

Sustitución o reducción a pedido de parte. En cualquier momento el afectado podrá pedir la reducción o sustitución de una medida cautelar por otra, cuando la decretada fuere excesiva o vejatoria. Podrá también dar garantía suficiente para evitar alguna de las medidas cautelares reguladas por este Código, o para obtener su inmediato levantamiento. Dicha garantía consistirá en fianza, prenda, hipoteca u otra seguridad equivalente. Y como es necesario que el solicitante de la medida cautelar preste una contracautela el afectado de la medida también puede solicitar que esta sea más gravosa para la contraparte. (Ley 1337, Artículo 698, 2015)

Sin embargo, la parte que solicitó la medida podrá solicitar que se mejore la caución en caso de que se levante la medida, probando así sea sumariamente que es insuficiente (Ley 1337, Artículo 706, 2015). Asimismo, las medidas cautelares se pueden solicitar antes o después de deducida la demanda, a menos que la ley disponga que deba hacerlo previamente y, eventualmente, pueden ordenarse de oficio o a petición de parte una medida de urgencia cuando resulte evidente la transgresión de un derecho o garantía y sus perjuicios puedan ser irremediable (Ley 1337, Artículo 571, 2015).

Desarrollo práctico-legal de las medidas cautelares innominadas o atípicas

En Perú, se conciben las llamadas medidas cautelares innominadas, genéricas o atípicas como aquellas que no están expresamente previstas en el ordenamiento legal, verbigracia, las medidas cautelares anticipadas, innovativas y de no innovar, y que se encuentran consagradas en los artículos

629, 647, 682 y 687 del Estatuto Procesal Civil de esta nación. Estas medidas atípicas son dictadas por el operador judicial en concordancia con las necesidades de cada caso en concreto, si no existe una cautela nominada que cumpla con la necesidad de aseguramiento dentro del marco legal vigente, procederá este tipo de medida innominada. De igual forma, la medida genérica no se podrá usar como un reemplazo o variante de la medida típica, si esta última no cubre la necesidad de amparo del derecho, se recurrirá a la genérica con las implicaciones legales que conlleve. En síntesis, su denominación se recoge en la Resolución de 17 de marzo de 2010, Expediente No. 2555-2009, de la Primera Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Lima, que precisó:

La medida cautelar genérica es aquella diferente a las tipificadas en el ordenamiento procesal, permitiendo al juzgador ser flexible en cuanto a los modelos existentes, introduciéndoles variantes o modificaciones, que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva. (Corte Suprema de Justicia de Perú, Expediente No. 2555-2009, 2010).

En el ordenamiento jurídico argentino, en casos de urgencia, se podrá solicitar una medida cautelar genérica, a la luz del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, teniendo una afinidad con Perú toda vez que estas tienen cabida cuando las nominadas no son suficientes - embargo, secuestro, entre otras- y tuviere fundamentos para temer que su derecho pueda verse en peligro o sufrir un perjuicio inminente e irreparable. Adicionalmente, los jueces ostentan un criterio amplio para decretar estas medidas atípicas, a menos que lo pretendido se haga de forma abusiva, indebida o gravosa cuando se pueda solicitar una menos perjudicial, así lo prevé en el artículo 204 del Código Procesal, al darle facultades al juez para otorgar una medida diferente; ahora bien, estas medidas precautorias se decretaran y practicarán sin necesidad de celebrar una audiencia con la contraparte y la providencia que admita o niegue una medida cautelar podrá ser recurrida a través del recurso de reposición, apelación subsidiaria o directa y, de ser concedido, se

surtirá en el efecto devolutivo, tal y como lo establece en el artículo 198 de la norma estudiada.

En España, no se establecen las medidas cautelares innominadas en la ley de Enjuiciamiento Civil, como tampoco en las normas civiles españolas, solo establece que las cautelas se deben adoptar con el propósito de encontrar el menor perjuicio para el demandado y que éstas podrán ser solicitadas antes de iniciarse el proceso siempre y cuando se trate de casos de urgencia, acompañada de la demanda principal; contrario sensu, en Ecuador, las medidas innominadas existen y son llamadas medidas cautelares no taxativas, cuya justificación normativa se encuentra en el artículo 11, numeral de la Carta Política de la República de Ecuador; además, se habla de medidas autónomas constitucionales y en el ámbito civil se ventilan como providencia preventivas que, una vez concebidas, tendrán su caducidad si no se presenta la demanda principal en el término de 15 días siguientes a la notificación, según lo consignado en el artículo 923 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.

Según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, artículos 27 y 29, las cautelas podrán ser decretadas inmediata y urgentemente solo cuando los hechos han sido avocados por el juez constitucional y se conceden inaudita parte, es decir, sin la comparecencia de la contraparte en audiencia como se examinó anteriormente. Asimismo, el artículo 35 de esta Ley prevé que:

“(…) la revocatoria de las medidas cautelares procederá sólo cuando se haya evitado o interrumpido la violación de derechos, hayan cesado los requisitos previstos en esta ley o se demuestre que no tenían fundamento (…)” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 35, 2009).

Por otro sendero, en el Código Procesal Civil de Costa Rica, específicamente en el artículo 92, contempla que adicional a las medidas cautelares taxativamente encontradas en el marco legal,

se podrán adoptar las demás que sean necesarias -innominadas- para blindar la efectividad de la justicia consolidada en la sentencia; sumado a esto, se pueden ordenar medidas atípicas como, por ejemplo,

“el depósito temporal de ejemplares; la intervención y el depósito de ingresos; otras anotaciones registrales, de casos de que la publicidad registral sea útil para el fin de la ejecución; la formación de inventarios; el decomiso de bienes; la ineficacia provisional de cláusulas contractuales; el acceso a fondos enclavados, y cualquier otra de naturaleza conservativa, innovativa o anticipativa que sea procedente, de acuerdo con las circunstancias”.

Tejiendo el mismo hilo, las cautelas decretadas -según el artículo 97- se deben ejecutar ipso facto y ninguna petición, recurso o incidente podrá pausar su ejecución y si esta se hizo sin el conocimiento de la contraparte y sin habersele notificado, deberá notificársele posteriormente. Estas cautelas caducan en un mes a partir de su decreto si no se han ejecutado por culpa del peticionario, o si no se ha incoado la demanda o si transcurridos tres meses de inactividad procesal.

Aspectos legales y constitucionales para el decreto de una medida cautelar

El artículo 1 de la Constitución Política del Perú, consigna que: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución Política de Perú, artículo 1, 1993) y en su artículo 139, prevé los principios de la administración de justicia que constituyen los principios y derechos de la función pública y que, en armonía con la anterior norma, materializan la tutela jurisdiccional efectiva cuyo propósito es hacer prevalecer el derecho a una sentencia emitida en un proceso judicial y que se ejecute en un plano real. Asimismo, el artículo 630 del Código Civil peruano establece que las cautelas se cancelan cuando la sentencia de primera instancia resuelve que la demanda se encuentra infundada y se mantendrá así, aunque

se haya impugnado la decisión, empero, a petición de parte el juez puede mantener la vigencia de la cautela hasta que sea revisada por su superior jerárquico, siempre que se incoe una contracautela de orden real, una caución o fianza solidaria (Decreto Legislativo 295, Artículo 630, 1984); sin embargo, en Perú, toda cautela tiene una carga de prejuzgamiento por lo que debe ser provisional, instrumental y variable -no puede perdurar en el tiempo-.

En el ordenamiento jurídico argentino, en tratándose del levantamiento de una medida cautelar, según el artículo 208 del estatuto procesal argentino, tendrá lugar por los motivos taxativos en la ley en donde se demuestre el abuso o el exceso del derecho que se otorgó para su decreto y cuya decisión declarará la condena a pagar los perjuicios ocasionados si la otra parte lo solicita. Además, Para efectos de la caducidad de las medidas cautelares el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, que prescribe lo siguiente:

Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda o no se iniciare el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, según el caso, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Cuando se hubiera iniciado el procedimiento de la mediación, el plazo se reiniciará una vez vencidos los veinte (20) días de la fecha en que el mediador expida el acta con su firma certificada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno o que la mediación no pudo efectuarse por algunas de las causales autorizadas. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia. (Ley 17454, artículo 207, 1981)

Recorriendo la nación española, el decreto de una cautela, a diferencia de otros Estados,

no se realizan inaudita parte y si se llegase a hacer la contraparte podrá formular la oposición a la providencia dentro del plazo de veinte días contados a partir de que se notifique el auto que ordena la medida cautelar (Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 739, 2000). Por el mismo entramado, el marco normativo se destila, en el ordenamiento jurídico español, en las siguientes leyes:

1. “Constitución Española, artículos 24 y 117 sobre tutela de los derechos de los ciudadanos.”
2. “Ley de Enjuiciamiento Civil: normas generales.”
3. “Código Penal, sobre penalización y formas de aplicación.”
4. “Ley de Enjuiciamiento Criminal: sobre medidas cautelares para la protección de víctimas de violencia doméstica, forma de adopción de las medidas cautelares, caución sustitutoria, registro.”
5. “La Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima sobre medidas cautelares civiles en el proceso penal adoptadas por el juez.”
6. “Ley Orgánica 1/2004, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, incluye medidas destinadas a proteger a las mujeres de la violencia de parte de sus cónyuges, ex cónyuges o quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones de afectividad.”
7. “La Ley Orgánica 13/2009 de implantación de la nueva Oficina Judicial sobre aplicación de medidas cautelares.”
8. “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sobre exigencia de caución para la adopción de medidas cautelares.”

Una de las piezas clave dentro del régimen de las medidas cautelares lo conforma la caución comoquiera que el solicitante de la cautela tiene la obligación legal de prestar caución en el monto suficiente para responder por los posibles daños o perjuicios futuros que se puedan generar con el

decreto y práctica de la medida cautelar al patrimonio del demandado. En otro sendero, en Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 27, enmarca que las medidas cautelares tienen procedencia en el momento en que el operador judicial tiene conocimiento de un hecho realizado por cualquier persona que amenace, de forma grave e inminente, un derecho o lo haya transgredido previamente y se considera una violación grave cuando este ocasione daños y perjuicios irremediables o irreversibles. Además, conforme con lo consagrado en los artículos 27 y 28 de la misma Ley, las cautelas deberán ser decretadas de forma inmediata y urgente cuando los hechos que se avocaron por el juez e inaudita parte -diferencia con el ordenamiento español-.

La Honorable Corte Constitucional de este país, sostuvo que no se debe exigir de la judicatura la manifestación de un juicio con capacidad de certeza sobre la existencia de los hechos que se relatan al solicitar una cautela y, por ende, erigir una decisión judicial que sea definitiva e inamovible, en armonía con el artículo 33 de la Ley Orgánica, que predica que:

[u]na vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes. No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 33, 2009).

Por otro lado, el Estado costarricense, establece la admisión de las medidas cautelares - artículo 78 del Código Procesal Civil- cuando existe un verdadero peligro de pérdida, alteración, daño actual o futuro de un derecho o de un interés jurídicamente relevante, o también cuando sea menester conservar los resultados futuros de un acto o negocio jurídico y, para su decreto, deberá poner en consideración la verosimilitud y probabilidad de la pretensión del demandante. Asimismo, en concordancia con este artículo, se prevé que las cautelas serán admisibles siempre y cuando exista

“peligro de pérdida, alteración, daño actual o potencial del derecho o intereses jurídicamente relevantes, o cuando sea necesario asegurar resultados futuros o consolidar situaciones jurídicas ciertas o posibles. Para decretarlas, el tribunal analizará la probabilidad o verosimilitud de la pretensión.” (Ley 9342, Artículo 78, 2016).

Por otro sendero, el artículo 84, expresa que una vez se rechace, levante o se declare la caducidad de las medidas instauradas, no se permite volver a decretar las mismas cautelas, salvo que se tengan motivos distintos fundados en hechos nuevos o diferentes,

En Paraguay, reglaron la incompetencia del juez para decretar cualquier tipo de cautela, en el artículo 703 del estatuto procesal, al establecer que estos deben excusarse, de manera oficiosa, o decretar medidas precautorias en eventos en que ostente incompetencia y tendrán validez siempre y cuando sean erigidas en armonía con el Código Procesal. Tejiendo el mismo hilo, aquellos jueces extranjeros que soliciten la práctica de una medida cautelar deberán solicitárselo al juez natural de la causa -artículo 537-, siempre que esta sea procedente al ordenamiento jurídico procesal paraguayo y se imponga la contracautela respectiva -artículo 693, inciso c-.

Parámetros doctrinales de las medidas cautelares nominadas e innominadas

Cuando se habla de medidas cautelares, se debe entender que doctrinalmente se han destacado unos requisitos que fundamentan la necesidad de decretar y practicar una medida cautelar. Para esto, se distinguirá normativamente el camino normativo que ha adoptado cada ordenamiento jurídico examinado en esta investigación, de la siguiente manera:

Cuadro No. 1: Parámetros doctrinales de las medidas cautelares en el derecho comparado

PERÚ	ARGENTINA
Requisitos para el decreto de las medidas cautelares	
<p>De acuerdo con el artículo 611 del Código Civil del Perú, para efectuar el decreto de las medidas cautelares, se hace completamente necesario el cumplimiento de unos requisitos, los cuales son:</p>	<p>Para los albiceleste, el decreto y práctica de las medidas cautelares, de acuerdo a su naturaleza jurídica y su finalidad, se deben atender ciertos presupuestos que se establecen en los artículos 199, 230 y 232 del estatuto procesal, a saber:</p>
<p>1. La verosimilitud del derecho, lo que en Colombia se conoce como "la apariencia de buen derecho". Esto se traduce como la apariencia de que el derecho reclamado pueda llegar a ser fundado para el juez que en el caso de no decretar una medida cautelar se puede generar una afectación mayor o irreparable.</p>	<p>1. La verosimilitud del derecho. También conocido como 'fumus boni iuris' o "apariencia de buen derecho" es un aspecto que Argentina comparte tanto con Perú como con Colombia y con los otros demás países analizados.</p>
<p>2. El peligro en la demora, el cual corresponde al posible peligro que podría sufrir la efectividad y cumplimiento de la sentencia sí no se toma ninguna medida preventiva mientras dure la tramitación del proceso</p>	<p>2. El peligro en la demora o "periculum en mora". En Argentina lo entienden como el verdadero riesgo de pérdida, alteración, daño actual o futuro del derecho o interés jurídicamente relevante, o también cuando sea menester conservar los resultados futuros de un acto o negocio jurídico y, para su decreto, deberá poner en consideración la verosimilitud y probabilidad de la pretensión del demandante.</p>
<p>3. Por último, se consagra como requisito, la razonabilidad de la medida cautelar. El cual tiene por finalidad lograr un equilibrio entre la medida cautelar y la garantía de la sentencia, para evitar un perjuicio excesivo sobre los derechos del afectado.</p>	<p>3. Como requisito fundamental, en Argentina consagran la prestación de una contra cautela. Para asegurar el equilibrio procesal entre las partes, de quien soporta la medida cautelar y quien pide su decreto.</p>

ECUADOR	ESPAÑA
Requisitos para el decreto de las medidas cautelares	
<p>La Corte Constitucional ecuatoriana al respecto de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, ha mencionado que los presupuestos que han de ser cumplidos son:</p>	<p>En España las medidas cautelares que se pretenden solicitar tienen una característica específica, es que las mismas deben guardar una estrecha relación con aquellos derechos que se están pretendiendo asegurar en el proceso. Los requisitos que el juez considera para su decreto son los siguientes:</p>
<p>1. El primer requisito corresponde a la verosimilitud fundada en la pretensión "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho, requisito semejante a los países analizados.</p>	<p>1. Al igual que los demás países analizados, contempla, la apariencia de buen derecho como -art. 721.1 de la LEC- "Es el deber de la parte solicitante, de fundamentar su pedido con datos, argumentos y justificaciones documentales que, sin prejuzgar, conduzcan a evaluar favorablemente su pretensión".</p>
<p>2. El segundo requisito, se tiene como el peligro en la demora "periculum in mora", o inminencia de un daño grave. Requisito que también se asemeja al consagrado por los demás ordenamientos analizados</p>	<p>2. Peligro por la mora procesal -artículo 728.1 de la LEC-. "Tiene sentido patrimonial: se refiere a la preservación de los bienes del deudor hasta la finalización del proceso, para que, si recae una condena, no se diluya la posibilidad de hacerla efectiva. El peligro por mora procesal debe ser justificado por la parte solicitante".</p>
<p>3. En tercer lugar, Ecuador señalar que las medidas cautelares aplicadas deben ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener. Esto corresponde por lo tanto al requisito de proporcionalidad de la medida cautelar. Entendiendo que es la sentencia el instrumento máximo de protección de los derechos, la cautela solo es una protección menor momentánea.</p>	<p>3. Caución -art. 732.3 de la LEC-. "La parte que solicita la medida cautelar debe ofrecer una caución aseguradora por los daños que pueda causar la concesión de su pretensión. Esta caución es necesaria e imprescindible"</p>

COSTA RICA	PARAGUAY
Requisitos para el decreto de las medidas cautelares	
<p>En Costa Rica, la adopción de las medidas cautelares se ha desarrollado desde el aspecto jurisprudencial y doctrinal, estos establecieron, que los requisitos de las medidas cautelares son:</p>	<p>En Paraguay, los requisitos para el decreto de las medidas cautelares no distan mucho de los otros países analizados, por lo tanto, estos son:</p>
<p>1. En primera instancia una apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)</p>	<p>1. En primer lugar la verosimilitud en el derecho, pues allí las medidas cautelares se otorgan en el marco de un procedimiento sumario que permite el decreto por la probabilidad de la existencia del derecho en el litigio y la afectación que pueda sufrir.</p>
<p>2. El peligro inminente en la demora judicial (periculum in mora);</p>	<p>2. Peligro en la demora</p>
<p>3. La caución, se establece como una forma de garantía del solicitante de la medida para asegurar la obligación de reparar los posibles daños que la medida pudiera ocasionar si fuera solicitada sin derecho.</p>	<p>3. Establece la contra cautela, también llamada caución, prevención o precaución. Hace referencia a la seguridad que otorga una persona a otra de que efectivamente cumplirá una determinada prestación u obligación.</p>
<p>4. La compatibilidad de la medida cautelar con el interés público.</p>	

Fuente: Elaboración propia.

Recorrido jurisprudencial de las medidas cautelares en el contexto comparado

En Perú el Tribunal Constitucional enfatizó que exegéticamente no se haya la consignación de la tutela y las medidas cautelares, sin embargo, hizo hincapié, en que las medidas tienen una trascendencia encaminada al aseguramiento provisionalmente de los efectos de las decisiones jurisdiccional definitivas y por lo tanto, sirven para contrarrestar aquellos perjuicios que pueden llegar a ser irreparables y pueden producir por la duración injustificada de un proceso; adicionalmente, el Tribunal Constitucional, señala que las medidas cautelares guardan de forma implícita y están de la mano con el derecho al debido proceso regulado en el artículo 139 de la

Carta Política (STC, Exp. N° 0023-2005-PI/TC). Sumado a esto, las medidas cautelares son aquella modalidad de la actividad judicial que tiene por objeto proteger los bienes o las situaciones por fuera del proceso que ostentan una trascendencia jurídica que, por ausencia de cuidado, podrían llegar a frustrar la eficacia de la decisión judicial, por esto, el Tribunal Constitucional precisó:

(...) la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Acotando luego que por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional. (Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 2235, 2004)

Por otro lado, en Argentina, la medida cautelares genérica o innominada la dicta el juez, con el lleno de los requisitos, si no existe alguna ley específica que cumpla con la necesidad de aseguramiento y esta, no está destinada únicamente a proteger el cumplimiento de la sentencia, tiene mayor amplitud en la medida en que puede ordenar que el demandado se abstenga de realizar alguna conducta que el Tribunal considere perjudicial o que se revista de un impedimento para alcanzar la justicia. Adicionalmente, el marco constitucional ecuatoriano guarda dos tipos de medidas cautelares: las autónomas o independientes y las conjuntas. Frente a estas, la Corte Constitucional ecuatoriana precisó que:

“(l)a primera de ellas tiene el carácter de urgente e inmediata, por cuanto busca la prevención de la posible vulneración de un derecho, en tanto que la medida cautelar conjunta, al proceder dentro del conocimiento de una garantía jurisdiccional, cumple su rol luego de haber lesionado o vulnerado el derecho constitucional, bajo el supuesto que

dicha lesión y sus efectos aún siguen vigentes” (Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia: N° 104-15-SEP-CC, 2015)

Por último, la Sala Constitucional de Costa Rica, en su Sentencia N° 7190-94 de 1994, manifestó que las medidas asegurativas o de cautela nacen en el proceso como una necesidad de garantía del principio universal de la tutela jurisdiccional efectiva y, por ende, se conceptualiza como aquel conjunto de potestades procesales donde el juez, de acuerdo con su competencia, resuelve antes de la sentencia -prejuzgamiento- con el propósito de salvaguardar la naturaleza real e indispensables de la emisión y ejecución del acto final. Asimismo, con el objetivo de conservar la calidad pura e indispensables para su promulgación y ejecución del acto final -sentencia-, son necesarios los elementos de provisionalidad e instrumentalidad que acompañan a las cautelas cuyas características deben ser: i) lícitas y jurídicamente posibles; ii) provisionales; iii) fundamentadas en un sustento fáctico que verse sobre el caso concreto; iv) modificables, en el entendido de que son susceptibles de aumentar o disminuir de acuerdo a la necesidad; v) accesorias, toda vez que su existencia se da de acuerdo a un proceso principal; vi) las medidas guardan una finalidad preventiva, comoquiera que buscan evitar debates entre los intereses y los derechos inversos y debatidos que son parte de un proceso principal; vii) las medidas tienen efectos garantizadores porque pretenden conservar el estado de hecho o de derecho similar durante todo el proceso; y viii) son homogéneas con la finalidad de que las medidas conserven su característica preventiva y no se configuren como actos anticipados de ejecución.

Las medidas cautelares como pilar fundamental para solidificar la tutela judicial efectiva en Colombia

El prejuzgamiento judicial se erige como uno de los principales desafíos contemporáneos, sobre los cuales las discusiones en ámbito jurídico y social han tenido un gran foco en nuestro país,

empero, no ha sido un impedimento para que los operadores judiciales continúen erigiendo las medidas cautelares en los procesos establecidos por la ley y amparar el derecho fundamental del acceso a la justicia. Sin embargo, se deben reducir la duración de los procesos en el tiempo máxime si se decreta y práctica una medida cautelar que pueda generar alguna sospecha de arbitrariedad o subjetividad del juez natural de la causa.

Las medidas cautelares nominadas en Colombia se establecieron taxativamente por el legislador para ciertos procesos judiciales. Al respecto del método comparado, se pudo encontrar que con respecto a los países analizados se comparte la visión de nuestro ordenamiento jurídico colombiano en donde la medida cautelar está dirigida a garantizar la pretensión y el futuro fallo a proferir. Siendo así, mientras en Perú se faculta al juez para que emita las medidas cautelares típicas, las cuales, dependen de un proceso principal para su subsistencia, en Argentina se adiciona la necesidad, de manifestar el derecho que se pretende ampararse con la medida cautelar, para asegurar que esta no obstaculice, comprometa o ponga en peligro los recursos del Estado y por tal razón, la responsabilidad de la medida recae sobre la parte que solicitó la pretensión por las costas, daños y perjuicios que pudiera ocasionar.

Continuando con el análisis se encontró en el ordenamiento jurídico español, la particularidad de la adopción del principio de rogación para la solicitud de una medida cautelar, que en principio imposibilita al juez, a emitir de oficio las medidas cautelares, pues es el interesado quien la debe solicitar y de hecho, el interesado puede llegar a solicitar varias cautelas a la vez lo que se conoce como medidas cautelares específicas. En Ecuador a las medidas cautelares se les dio una perspectiva diferente a la que inicialmente se crearon, encaminándolas a la protección de los derechos humanos trazados en la Constitución y a diferencia de muchos otros sistemas, las medidas cautelares se pueden concebir de forma autónoma e independiente al proceso, su finalidad

sigue siendo la salvaguarda de los derechos en aras de evitar un perjuicio o hacer cesar la transgresión de un derecho, y de igual forma, cuando el proceso se encuentra en curso se faculta de oficio al juez para que le proponga a las partes las cautelas que puedan ser necesarias. Y finalmente, en Costa Rica, siendo el Tribunal de Justicia, en quien reposa la salvaguarda de los derechos, se halló que la cautela no se establece inaudita parte por lo general, sino que antes de su adopción se hace traslado a la parte contraria para que intervenga en una audiencia pública y oral.

Al respecto de las medidas cautelares innominadas, genéricas o atípicas se comparte la concepción tanto en Colombia como en los diferentes tipos de ordenamientos jurídicos analizados, que este tipo de cautelas no están expresamente previstas en el ordenamiento legal. De esta forma se observó que en Perú el juez decreta la medida judicial innominada siempre y cuando no exista una medida nominada que pueda asegurar el derecho pretendido, esta le permite al juez ser más flexible en cuanto a la aplicación de los mecanismos que permitan asegurar la futura decisión. Esta concepción se comparte en Argentina, donde se pueden decretar las medidas cautelares innominadas, siempre y cuando las medidas cautelares nominadas no sean suficientes, pero adicionalmente, se debe manifestar una situación de urgencia, donde el derecho pueda verse en peligro o sufrir un perjuicio inminente e irreparable.

Por esta razón estas se concretan inaudita parte, pero el afectado con la medida cautelar innominada tiene la posibilidad de interponer recursos ante esta aplicación. Por otro lado, en España se establece que la finalidad de la adopción de las cautelas se encamina a encontrar el menor perjuicio para el demandado y que éstas pueden ser solicitadas antes de iniciarse el proceso siempre y cuando se trate de casos de urgencia, acompañada de la demanda principal. Específicamente el código de enjuiciamiento civil no se establece la posibilidad de la solicitud innominada de las medidas cautelares.

En el Ecuador las medidas cautelares innominadas dentro de los procesos constitucionales se comprenden con carácter inmediato y urgente cuando el juez constitucional halla avocados los hechos de la urgencia, y de este mismo modo estas medidas cautelares se levantan cuando se encuentra que la violación de derechos ha cesado. Y en Costa Rica, las medidas cautelares innominadas se pueden adoptar para proteger y asegurar la efectividad de la justicia que se ve reflejada en la sentencia a proferir, adicionalmente en este país se pueden ordenar medidas atípicas de acuerdo con las circunstancias del caso.

Respecto de los aspectos de fondo y las especificidades de las medidas cautelares existen ciertas diferencias respecto de los ordenamientos jurídicos estudiados, en tanto que, en Perú, el decreto de las medidas cautelares se va a entender como un prejuzgamiento necesario que garantiza la defensa de la persona humana y la salvaguarda de su dignidad, lo que se encuentra en concordancia con los fines supremos de la sociedad y del Estado peruano, que es la materialización de la tutela jurisdiccional efectiva. En Argentina, las medidas cautelares decretadas se pueden levantar o caducar por diversas razones, entre otras, si se solicitan antes de la presentación de la demanda y no se inicia el proceso, pues es menester recordar, que en Argentina las medidas cautelares son accesorias.

En España al no practicarse las medidas cautelares inaudita parte, se puede presentar la oposición a la providencia si sobre quien recae la medida cautelar si no se le informó previamente que se iba a cargar con la cautela. En Costa Rica, cuando existe un verdadero peligro de pérdida, alteración, daño actual o futuro de un derecho o de un interés jurídicamente relevante, o cuando es indispensable conservar los resultados futuros de un acto o negocio jurídico se decreta la medida cautelar, por lo que va a ser necesario poner en consideración la verosimilitud y probabilidad de la pretensión del demandante. Como se puede observar si bien, en los distintos ordenamientos

jurídicos se presentan bastantes diferencias, entre todos existe concordancia con respecto de los presupuestos que las medias cautelares deben contener para su efectivo decreto, lo que se analiza en el escenario a continuación.

Al comparar los ordenamientos analizados al respecto de los requisitos de fondo de las medidas cautelares, se observó, que al igual que en Colombia los requisitos de fondo encuentran similitud en cuanto al *Fumus boni iuris*, *Priculum in mora*, *Periculum in damni* y *Suspectio debitoris*. Siendo estas indispensables para la aplicación y decreto de las medidas cautelares tanto en el ordenamiento jurídico colombiano, como en los ordenamientos jurídicos analizados. Sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos se añaden otras disposiciones para el decreto de las medidas cautelares, siendo así, Perú inserta diversos requisitos como lo es la razonabilidad de la medida cautelar, con el fin de garantizar el cumplimiento de la sentencia y evitar un perjuicio excesivo sobre los derechos el afectado. En el caso de Argentina, al igual que en Colombia, establecen los mismos presupuestos de las medias cautelares. En España es indispensable la caución de la parte que solicita la medida cautelar, con el fin de asegurar los daños que puedan causar la implementación de las medidas cautelares. Finalmente, en Costa Rica es la doctrina y la jurisprudencia quienes configuran y desarrollan los presupuestos de las medidas cautelares, si bien, son acordes a los presupuestos que comparten los demás ordenamientos jurídicos, en Costa Rica estos presupuestos se fundan en el interés público.

El recorrido jurisprudencial ha sido amplio en cada ordenamiento jurídico analizado, siendo así, en Perú, el Tribunal Constitucional aborda el tema de la tutela cautelar que asegura el cumplimiento y los efectos que pueden producirse en la decisión judicial futura y definitiva, y de esta forma hacer frente a los perjuicios que se pueden producir y generar afectaciones irreparables dada la duración injustificada de un proceso, lo que justifica el decreto de las medidas cautelares.

Mientras en Argentina, se ha establecido que las medidas cautelares pueden ser modificadas por el juez cuando este las considera excesivas para quien las soporta. En Ecuador, la Corte Constitucional, ha establecido la necesidad de tener medidas cautelares de carácter urgente para prevenir una posible vulneración de un derecho, pero también ha abierto la posibilidad de implementar unas medidas cautelares conjuntas cuando se ha lesionado o vulnerado un derecho constitucional. Por último, en Costa Rica, la Sala Constitucional ha considerado que las medidas asegurativas nacen como una necesidad en el proceso de garantizar el principio de tutela jurisdiccional efectiva, así entonces el juez se faculta para proteger con antelación a la sentencia la salvaguardar de los derechos a conservar al momento de la tutela.

Capítulo III: La imparcialidad judicial como eje fundamental de la efectividad de los derechos y la seguridad jurídica en Colombia

Como se mencionó anteriormente, en el marco jurídico - legal colombiano los parámetros consagrados tendientes a erradicar el prejuzgamiento judicial no se vislumbran claramente, por esto, los derechos al acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva se ven sistemáticamente transgredidos para aquellas personas que requieren con urgencia una decisión judicial emanada por el juez natural de la causa en donde ponga fin a los tardíos y prolongados procesos judiciales en nuestro ordenamiento jurídico. Siendo así, el principio de imparcialidad tiene mayor relevancia, en concordancia con seguridad jurídica, para terminar con las incongruencias generadas a raíz del decreto y practica de una medida cautelar de manera en que sea el engranaje que demuestre la necesidad de erigir las cautelas pero que, a su vez, no perduren en el tiempo sino que se armonicen con su carácter provisional y se aceleren los procesos judiciales en Colombia, con observancia del método analítico y el derecho comparado.

En consonancia con los derechos de la tutela jurisdiccional efectiva y el concepto de justicia efectiva que resguarda la Constitución Política, las leyes, los decretos y los actos administrativos colombianos, caracterizados por estar encaminados a proteger jurídicamente a los usuarios del sistema judicial que desean resolver las controversias jurídicas derivadas de las fuentes de las obligaciones, se abarca de forma amplia y específica ciertos bienes jurídicos, pero no se encuentra su materialización en la realidad. De acuerdo con lo anterior, las disposiciones más representativas, son: i) constitucionalmente, los artículos 2, 29, 209; ii) en el ámbito legal: el Decreto 806 de 2020 -el que dio origen a la justicia digital-; y, iii) El artículo 25, del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Desde la pandemia y crisis sanitaria originada por el Covid-19, se vio necesario que la efectividad de los derechos y la tutela jurisdiccional efectiva puedan contar con diversos mecanismos para asegurar el funcionamiento del aparato judicial, principalmente teniendo en consideración los derechos fundamentales que deben ser protegidos por la administración de justicia, de esta forma, se emitió el Decreto 806 de 2020, el cual, incorporó el uso de las (TIC) tecnologías de la información y las comunicaciones, se dió con la finalidad específica de agilizar y promover el acceso a la justicia para todas las personas. Este decreto presenta una especial intervención en Colombia, ya que complementó las normas preexistentes, y se emitió para fortalecer el correcto y continuo desarrollo de la administración de justicia, además de servir de salvaguarda al derecho del debido proceso y el derecho de contradicción en la incorporación de las TIC, es decir, presta especial atención al amparo de los derechos fundamentales.

Adentrándonos en materia, previamente se refirió al artículo 29 de la Carta Política de Colombia, como aquel medio que brinda protección y salvaguarda de los derechos que las partes tienen en todo tipo de proceso, actuación judicial y administrativa. Que garantiza la seguridad

jurídica, e implica la certeza de que solo se juzgará conforme a leyes preestablecidas y ante juez o tribunal competente, es lo que se comprende como debido proceso. Este es necesario, siempre que protege a las personas que acceden a la administración de justicia, brindando una garantía de que se está dentro de un proceso legal donde además son transversales diferentes principios procesales, como el *non bis in idem*, la publicidad, la certeza de que el veredicto se funda sobre leyes preexistentes *-nulla poena sine lege-*, entre otros.

El debido proceso, también es necesario para amparar el justo acceso a la administración de justicia, que se funda en las normas constitucionales que debe proteger el orden público. Y a través de los jueces y los tribunales competentes se desarrolla un procedimiento indispensable para alcanzar los fines de la justicia que implican la eficacia en las decisiones judiciales y la materialización de los derechos a través de una tutela judicial efectiva. Intrínsecamente este va a requerir de una presunción de inocencia antes y durante el transcurso del proceso, en la que el juez o tribunal competente después de un pleito contencioso debe declarar judicialmente culpable a una de las partes conforme con las leyes preexistentes en el ordenamiento jurídico.

Antes de llegar a este veredicto, se supone a cada una de las partes y a los intervinientes en el proceso como inocentes, sin importar la actuación administrativa o judicial de la que se trate. Lo que se configura como una seguridad que tienen las personas que acceden a la administración de justicia. Esto se aplica de igual forma cuando se hace uso de las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones) en las actuaciones jurídicas o administrativas. El debido proceso permite que se entienda que en el decreto de las medidas cautelares no puede existir prejuzgamiento, y a pesar de soportar una cautela sobre quien recae la medida cautelar prevalece este principio.

Lo anterior, armónicamente se encuentra ligado con los fines esenciales del Estado, que

consagra el artículo segundo (2) de la Constitución Política de Colombia, y pregona lo siguiente:

ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Constitución Política, Artículo 2, 1991)

Dentro de la salvaguarda de los fines esenciales del estado, se encuentra implícitamente establecida la tutela jurisdiccional efectiva, y la necesidad de contar con mecanismos que permitan que quienes accedan a la administración de justicia tengan la seguridad jurídica de que el derecho controvertido será protegido durante el proceso y que la decisión judicial se respetará, pues bien, el Estado está en la obligación constitucional de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. No es ajena para la administración de justicia la responsabilidad de proteger y asegurar todo lo que deviene del cumplimiento de los deberes Estatales. En este sentido, las medidas cautelares se erigen como un mecanismo constitucional que protege los fines esenciales del Estado. La existencia de las cautelas posibilita asegurar la protección de los derechos debatidos en materia contenciosa o administrativa, ya sea para garantizar la efectividad de estos o de principios y deberes en riesgo. Siendo así, la cautela es un motor indispensable para el debido funcionamiento del Estado, más específicamente de la administración de justicia.

Esta se encuentra establecida previamente la necesidad de las medidas cautelares en armonía con los fines del estado, se presenta en el artículo 209 de la Constitución política, estableciendo que:

ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Constitución Política, Artículo 209, 1991)

Es importante comprender que el interés general no es un concepto estático y uniforme en todos los escenarios, pues este varía y depende de las situaciones en las cuales la función administrativa se esté desarrollando. Hablando específicamente de las medidas cautelares, se entiende que el principal motor que impulsa la cautela es la protección provisional de la integridad de un derecho controvertido durante el proceso, y la salvaguarda de que la futura decisión a proferir sea materialmente ejecutada. Pero al ser cada caso particular, el interés protegido en la gama diversa de situaciones, también varía. No obstante, lo anterior, siempre va a existir un factor común respecto de la función administrativa al servicio del interés general, y son los principios en los que funda, estos son necesarios para garantizar que la actividad de los funcionarios de la administración, se ciña a lo consagrado en la Constitución y la Ley.

Entendiendo que los servidores públicos a través de este artículo, se deben encontrar siempre al servicio del Estado y el interés general, y por ello sus actuaciones se someten a la Constitución, la Ley y el Reglamento. Se destaca el valor que adquieren los sistemas de control

interno a la administración pública, este tipo de control permite garantizar el cumplimiento de los preceptos superiores, pues en la actividad de los servidores públicos se materializan en primera instancia los fines esenciales del Estado. Las medidas cautelares, se establecerán en cada proceso existiendo previamente un análisis del juez que las decreta, para asegurar que estas estén en concordancia con los principios constitucionales.

Al respecto, no solo el ordenamiento jurídico colombiano, sino que también los instrumentos internacionales, establecen una serie de propósitos y requisitos que las medidas cautelares deben cumplir para su decreto. De esta forma, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establece, en su artículo 25 que “el propósito de las medidas cautelares es prevenir en casos que revistan gravedad y urgencia, se consumen violaciones irreparables a los derechos humanos”. Considera que la declaración de estas se encamina en la protección de un interés superior, que es evitar que la vulneración de un derecho que está siendo afectado se perpetue. Sin embargo, establece los requisitos de urgencia, gravedad y posibilidad de que exista un daño irreparable. Además, se establecen unas obligaciones por el decreto de las medidas.

El principio de imparcialidad judicial como factor de potencialización en la efectividad de los derechos en los escenarios procesales

Dentro del contexto de los procesos judiciales en nuestro país, en diversas ocasiones y como se ha evidenciado, la duración de estos son un problema latente máxime si existe una parte que está soportando indefinidamente una carga cautelar que le impida la correcta disposición material del derecho, dando un aire de prejuzgamiento a favor del que pretende que se le imponga una medida que en su esencia es provisional a la contraparte. Por ende, los jueces naturales de la causal tienen que hacer hincapié permanente en el principio universal de la imparcialidad judicial

para evitar, precisamente, que se denote una posible arbitrariedad.

Así las cosas, imaginemos a una persona que vive completamente sola, no tendremos en cuenta el tiempo ni el espacio de su existencia, esta persona goza de un pleno desarrollo de vida, lo suficiente para satisfacer sus necesidades, al vivir sola, se evita el factor “conflicto”, este solo se presenta cuando un individuo convive en compañía, en sociedad. (Delbonis, 2020). Al hacer esto, puede que ese hombre requiera una cosa e intenta conseguirla, a esto se le denominó ‘pretensión’, si esta permanece dentro de la órbita de su dominio seguirá siendo satisfecha su vida, *contrario sensu*, se necesitaría del Derecho como ciencia social y la ayuda de un tercero imparcial para que se resuelva el posible conflicto porque esa pretensión desapareció. Asimismo, si a la persona que se le somete para que prevalezca su pretensión se opone, este evento se transformaría en un conflicto de intereses que, para el tópico procesal, se denominaría: la causa del proceso.

La primera forma que pensó la humanidad para solucionar los conflictos latentes y que se demostró a lo largo de la práctica y corroboró la historia, fue el uso de la fuerza que, entre otras cosas, aun se sigue utilizando por los países para doblegar sus intereses dentro y fuera de cada nación, verbigracia, la guerra entre Rusia y Ucrania. Con todo, este tipo de solución es absurda para el mundo del jurídico y la sociedad civil del siglo XXI debido a que se debe primar el uso de la razón como el método por excelencia para autocomponer el conflicto -razón del proceso- que se puede dar entre los mismos interesados o por un tercero con una investidura pública -jueces- o privada -arbitraje, conciliación, amigable composición, mediación o transacción- (Alvarado Velloso, 2015).

Para que los procesos encaminados a resolver los conflictos usando la razón tengan viabilidad, es necesario que se cumplan unos principios generales o fundamentales imprescindibles para alcanzar un mínimo de coherencia, a saber: i) igualdad entre las partes; ii) la imparcialidad

del tercero (juzgador); iii) el transcurso del proceso; iv) la eficacia; y v) la moralidad en el debate. Sin embargo, para el análisis coherente de esta investigación, se examinará en exclusividad el principio de imparcialidad como componente sólido para aliviar las discusiones entre la aplicación de las medidas cautelares en los procesos judiciales dilatados en el tiempo. Así mismo, la imparcialidad en síntesis significa no ser parte de algo y no entrometerse subjetivamente en las pretensiones y excepciones de los interesados para enaltecer la objetividad dentro de la motivación de las decisiones judiciales. Al respecto, Montero Aroca precisó que:

la imparcialidad implica, necesariamente, la ausencia de designio o de prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que, incumpliendo con ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes (Montero Aroca, 2006, pág. 69).

Para consolidar el argumento previo, el artículo 29 de la Carta Política Colombiana que hace alusión al derecho fundamental al debido proceso donde se consigna el principio de imparcialidad, como se estudió previamente. Sumado a esto, existen unos mecanismos precisos para contrarrestar la indebida aplicación de este principio dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los cuales son: la recusación y el impedimento. Estos impiden que los jueces caigan en la tentación de tomar partido y así lo prevé taxativamente la misma Constitución Política de nuestro país y la Ley. Frente al particular, Velloso precisó que:

La recusación y la excusación son los mecanismos que impiden que intervengan en calidad de jueces personas en tentación de ser parciales, perjudicando la búsqueda de la verdad y el sentido de justicia. Al estar en duda la imparcialidad de quien juzga, son apartados a petición de parte

interesada, en el primer caso; o se apartan ellos mismos en el segundo, pues existen intereses o sentimientos personales involucradas en sus actuaciones con respecto a ese caso. El mayor problema que presentan estos institutos es si las causales deben admitirse en forma taxativa en las legislaciones, o debería permitirse la más amplia recusabilidad del juez por las partes y el deber de excusación de aquel. Los pensadores que defienden la tesis de amplia recusabilidad y excusación sostienen que hay que lograr la búsqueda de un juez tan imparcial como sea posible, para la plena vigencia de este principio “sin el cual no hay proceso”. Por otro lado, quienes defienden el carácter taxativo de las causales, es decir la enumeración de un catálogo limitado y exhaustivo, que adicionalmente, se postulan como de “de interpretación restrictiva”, se justifican en la necesidad de frustrar un uso abusivo de las partes y una huida inexcusable del juez respecto de un pleito en concreto que no quiera fallar. (Alvarado Velloso, 2015).

Así las cosas, cuando se habló en determinado momento acerca los sistemas judiciales que preponderaban en el ordenamiento jurídico, primero fue el sistema inquisitivo, donde el juez asume un rol de parte o pretendiente en el proceso judicial debido a que tiene las facultades de investigar, acusar y juzgar al mismo tiempo; además, tiene una serie de prerrogativas a través de las cuales puede, tanto de forma oficiosa, como por denuncia, comenzar las actividades procesales del caso y el mismo adelanta el juicio mediante su impulso procesal. Por el mismo entramado, es el mismo juez natural de la causa quien se encarga de buscar el material probatorio que le resulte beneficioso para lograr su propia convicción de la acusación. El juez que investigó, imputó, acusó, probó y juzgo tiene un poder judicial vital que puede desdibujarse cuando agrega sus intereses subjetivos, lo que mancilla los derechos al debido proceso y a la justicia. Por otro lado, el sistema acusatorio o dispositivo, en palabras de Delbonis:

el método acusatorio o dispositivo, encontramos dos sujetos naturalmente desiguales que discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa en perfecto carácter de

autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida. Las partes son dueñas absolutas del impulso procesal, afirman y niegan los hechos sobre los que se va a discutir, y son las que fijan las pruebas sobre las que se van a confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y los medios que deseen. Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes, así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es la materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas. (Delbonis, 2020, pág. 11)

En conclusión, el sistema dispositivo conserva en mayor medida el respeto por el principio de imparcialidad al no comprometer la independencia del operador judicial, y establece que el togado no pueda ejercer su actividad indiscriminadamente. Sin embargo, no se puede negar que, actualmente, en nuestro sistema judicial aun se conservan facultades propias de los jueces que logran comprometer este principio, verbigracia, al decretar una medida cautelar desproporcionada y, sumándole, que perdure injustificadamente en el tiempo ventilando un sesgo o un prejuizgamiento.

Percepción jurisprudencial de la necesidad de las medidas cautelares, con miras a la correcta resolución de los conflictos judiciales

La Corte Constitucional, a través de su estudio jurisprudencial, ha analizado la posible fricción que se puede presentar al momento de decretar una o varias medidas cautelares y el debido proceso. Inicialmente define el debido proceso como aquel en el cual “nadie” puede ser condenado, sin previamente haber sido oído y vencido en juicio. Esto, implica una presunción de inocencia antes y durante el curso del proceso, en la que es el juez quien después de un pleito contencioso

debe declarar judicialmente culpable a una de las partes, y antes de llegar a este veredicto se supone a cada una de las partes e intervinientes en el proceso como inocentes.

Se podría considerar, respecto de las medidas cautelares que su decreto antes o durante el proceso, podría afectar el derecho al debido proceso de quien tiene que soportar la cautela, principalmente al hacerse esta *inaudita parte*, generando que la medida cautelar restrinja determinados derechos de la persona quien la soporta sin antes ser vencida en el juicio. Al contraste con esto, se encuentra la necesidad dentro de los procesos de que existan mecanismos cautelares, que permitan tener una seguridad jurídica de que la protección de los derechos debatidos será efectiva ante las decisiones judiciales y la afectación que estas pueden generar al debido proceso de la persona que aún no ha sido oída y vencida en el juicio.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-379/04, menciona que, para evitar una vulneración en este derecho fundamental, es indispensable que previamente se acrediten distintos requisitos que permitan decretar la cautela de forma razonable y proporcional, con estas, se permite el libre ejercicio a la administración de justicia de proteger los derechos controvertidos en el proceso intrínsecamente ligado a la discrecionalidad judicial, pero, además, afianza la certeza de derecho con la que las partes llegan a la administración de justicia. Por consiguiente, la jurisprudencia ha desarrollado, la necesidad de la cautela en el trascurso del proceso, de forma armónica con el principio al debido proceso, pues si bien, por un lado, las cautelares desarrollan diversos principios, entre ellos el de la eficacia de la administración de justicia, se debe prestar especial atención a los preceptos constitucionales.

Tal como ha sido interpretada por la Corte, les ha asignado a los jueces de tutela una facultad amplia para proteger los derechos fundamentales. Esto los habilita para decretar medidas provisionales, sujetas principalmente a estándares abiertos no susceptibles de concretarse en reglas inflexibles que

disciplinen en detalle su implementación puntual en los casos individuales. La Corte les ha reconocido a los jueces de tutela una amplia discrecionalidad, con los siguientes atributos: **i.** el propósito que debe orientarlas ha de ser el de “evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en violación o, habiéndose constatado la existencia de una violación, ésta se torne más gravosa”; **ii.** en la definición del tipo de medidas que debe adoptar, “el juez de tutela puede ordenar todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales”; **iii.** en cuanto a si debe haber algún tipo de congruencia, ha dicho que el juez goza de una amplia discrecionalidad, y puede “proteger los derechos amenazados por encima de lo expresamente señalado por el interesado”; **iv.** pero en todo caso ha indicado que la adopción de las mismas, aunque discrecional, debe basarse en la constatación de que es necesaria y urgente, y la decisión ha de ser “razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada, lo que deberá hacer el juez del conocimiento, en forma expresa. (Corte Constitucional, Sentencia C-379, 2004)

En esta misma sentencia, la Corte establece que para garantizar la salvaguarda de los derechos se establecieron las medidas cautelares entendidas como “aquellos instrumentos que el ordenamiento jurídico usa, para proteger la integridad de los derechos, de forma provisional y durante el tiempo del proceso”. Sumado a lo anterior, en la Sentencia C-357/19, se reitera la necesidad de las medidas cautelares se presenta de forma preventivo, y no con un fin sancionatorio, esto se usa para proteger la integridad de un derecho controvertido en un proceso considerando que para su decreto se debe tener en cuenta lo siguiente:

- (i) “La fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial”;
- (ii) “El cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia”;
- (iii) “La satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad”; y

- (iv) “La eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso, y el acceso a la administración de justicia”.

Así mismo esta sentencia, indicó que las medidas cautelares cuentan con un amplio respaldo de los preceptos constitucionales y de forma equilibrada protege el interés general en su decreto:

La Constitución pretende asegurar una administración de justicia diligente y eficaz (CP art. 228). Y no podía ser de otra forma pues el Estado de derecho supone una pronta y cumplida justicia. Esto significa no sólo que los jueces deben adoptar sus decisiones en los términos establecidos por la ley, sino que, además, sus decisiones 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. Ahora bien, el inevitable tiempo que dura un proceso puede a veces provocar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante. Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente 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. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido. (Corte Constitucional, Sentencia C-357, 2019)

Una vez establecido que las medidas cautelares no infringen el debido proceso para aquella persona que soporta la medida, la Corte en la sentencia C-490 de 2000 también se pronuncia sobre

el artículo 209 de la Carta, interpretando como parte de la función administrativa, el acceso efectivo a la administración de justicia en condiciones de igualdad para todas las personas. Asimismo, la responsabilidad que llega con esto es garantizar que ese acceso no sea puramente formal, sin que existan mecanismos idóneos para garantizar el acceso y la efectividad de los resultados en las decisiones judiciales, considerando que:

Las personas tienen entonces derecho a que el ordenamiento establezca mecanismos para asegurar la efectividad de las decisiones judiciales que les son favorables. La tutela cautelar constituye entonces una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia. (Corte Constitucional, C-490, 2000)

La tutela cautelar, contribuye que a futuro exista una efectividad en el cumplimiento de la decisión en la sentencia y esto, permite a que en el desarrollo del proceso se mantenga el derecho protegido de forma semejante a cuando se acudió a la administración de justicia, lo que se puede entender como un equilibrio procesal. Debido a lo anterior, las medidas cautelares también desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, y los fines de la administración en sí mismos.

La discrecionalidad judicial, por otro lado, le brinda al juez un amplio grado de libertad para adoptar y regular los mecanismos, instrumentos y cautelas que en el proceso considere necesarios para la protección de los derechos controvertidos. No obstante, esta libertad va cargada de una significativa responsabilidad, pues las medidas cautelares siempre implican que *inaudita parte* a una persona se le imponga la cautela antes de ser vencida en juicio, si bien, como se estableció anteriormente esto no implica prejuzgamiento, estas medidas si limitan el goce de determinados derechos para quien la soporta. De allí, la necesidad de analizar con especial atención los requisitos que se deben tener en cuenta para el decreto de la cautela:

- (i) “Que haya la apariencia de un buen derecho (“*fumus boni iuris*”), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia;
- (ii) que haya un peligro en la demora (“*periculum in mora*”), esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso; y,
- (iii) finalmente, que el demandante preste garantías o “contracautelas”, las cuáles 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 infundadas.”

La particularidad de *inaudita parte*, cumple la finalidad de evitar que la persona sobre quien recae la cautela pueda insolventarse o evadir el cumplimiento del fallo. Para evitar esto, el legislador vio necesario proteger la efectividad de los derechos debatidos, y la sentencia a proferir, que se traduce en la protección a los intereses superiores de la administración de justicia. Esto tampoco atenta a la buena fe, ya que como lo dice la Corte:

El principio constitucional de la buena fe no implica que las autoridades deban regular los asuntos suponiendo que las personas se portan siempre bondadosamente y cumplen voluntariamente con todas sus obligaciones pues, como dicen los autores de El Federalista, “si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno”, ni habría necesidad de regulaciones jurídicas, ni de ordenamientos coactivos, pues todas las personas vivirían en perfecta armonía. Los ordenamientos jurídicos existen en gran medida como un reconocimiento de las imperfecciones del ser 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 normativas. (Corte Constitucional, Sentencia C-780, 2003)

En últimas, la idea de que el propósito de las medidas cautelares tiene inmerso un prejuzgamiento por parte del operador judicial "...se desvía completamente de la verdadera finalidad que tienen estos mecanismos de protección provisionales, ya que su verdadera finalidad, es en realidad, proteger a lo largo del proceso los derechos controvertidos en litigio de la mejor forma posible" (Bolívar Mesa, s.f. p.18).

Conclusiones

De lo expuesto en la investigación, queda evidenciado que las medidas cautelares son una herramienta necesaria que crea el legislador para consolidar a una administración de justicia diligente y eficaz. No solo eso, sino que a través de las medidas cautelares el Estado pretende asegurar una efectiva y pronta justicia, lo que se traduce en una seguridad jurídica, en el entendido que se protege el derecho controvertido antes y durante el proceso, y además se protege el cumplimiento de la decisión judicial, una vez las partes son oídas y vencidas en juicio.

Si bien, mucho se ha debatido sobre si las medidas cautelares afectan otros principios constitucionales como el debido proceso, el derecho a la defensa, la imparcialidad judicial o incluso, si con estas se genera un prejuizgamiento. Se ha determinado, que inicialmente el decreto de las cautelas protege los daños que se puedan provocar de forma irreversible en el derecho pretendido, por lo que con las medidas cautelares se asegura de manera provisional la integridad de este derecho, teniendo en cuenta, que en el transcurso del proceso se puede llegar a afectar el derecho tutelado, si el mismo no se protege. También, garantiza que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. En segundo lugar, al tener todas las personas el derecho a acceder a la justicia de forma igualitaria, se deben establecer mecanismos para asegurar que la efectividad de las decisiones judiciales se haga real y con esto obtener un equilibrio procesal.

La adopción de las medidas cautelares, por su propia naturaleza cautelar, limitan provisionalmente ciertos derechos para quien la soporta y esto en cierto grado impacta el derecho al debido proceso y a la defensa, por estas razones se hace indispensable que exista una armonía entre la medida cautelar y los principios constitucionales, esta concordancia se logra con los requisitos y presupuestos que las medidas cautelares deben cumplir para su decreto, la

razonabilidad y proporcionalidad de la cautela.

Es el juez quien a través de su discrecionalidad analiza la necesidad, los requisitos, la razonabilidad y proporcionalidad de la cautela. Esta acción no implica un prejuzgamiento ni imparcialidad judicial, pues la cautela se establece partiendo de la idea de asegurar la efectividad de la sentencia para configurar la efectividad de la justicia, de allí que adopte especial sentido la provisionalidad de la cautela y también la figura de la contra cautela. Lo anterior, no interfiere con la presunción de inocencia con la que cuentan todas las personas.

Finalmente, a través del estudio comparado se pudo demostrar que, en cada ordenamiento jurídico analizado, las medidas cautelares fungen un papel importante para el desarrollo de los fines esenciales de los estados y la protección de la persona humana. Su papel en los procesos judiciales es fundamental para el desarrollo de los fines supremos perseguidos, como la defensa, los principios fundamentales, los derechos y deberes de la administración pública, que orgánicamente materializan la tutela judicial efectiva a través de la sentencia del juez o tribunal. Estos hallazgos soportan y corroboran las conclusiones alcanzadas en el presente trabajo investigativo, siendo así, el recorrido por los ordenamientos jurídicos resalta la importancia que las medidas cautelares deben tener en nuestro propio ordenamiento para garantizar los fines supremos de la administración de justicia colombiana, y de esta manera asegurar una efectiva y pronta justicia cubierta por principios constitucionales que buscan garantizar y proteger los derechos involucrados en la litis, así como a las personas que participan de los procesos judiciales.

Referencias

- Alvarado Velloso, A. (18 de Junio de 2014). *Redalyc.LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y EL DEBIDO PROCESO (LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL)*. Recuperado el 27 de Abril de 2020, de Redalyc: <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761329010.pdf>
- ALVARADO VELLOSO, A. (2019). *LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL*. Printed in Argentina. Obtenido de http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Botto_TODO.pdf
- Angobaldo, R. (28 de June de 2009). *La funcionalidad de la responsabilidad civil derivada de las medidas cautelares y la problemática de la ejecución de la contracautela*. Recuperado el 09 de Mayo de 2020, de Repositorio Academico UPC: https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/624292/Rodriguez_FA.pdf?sequence=5
- Anillo, S., & Arroyo, A. (s.f.). *LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL COLOMBIANO*. Recuperado el 25 de April de 2020, de LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL COLOMBIANO: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/20685/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS%20aprobado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Blanco Bermúdez, R. (s.f.). *UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA FACULTAD DE DERECHO MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ENFÁSIS EN DERECHO PÚBLICO Rector.:*. Recuperado el 14 de Mayo de 2020, de Universidad Externado de Colombia: <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/686bae97-3dfa-4cba-9502-c1c86aa2b5c1/content>
- Bolívar Mesa, M. A. (24 de Julio de 2018). *LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y SU RELACION CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*. Recuperado el 15 de April de 2021, de LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y SU RELACION CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD1 THE UNNAME PRECAUTIONARY MEASURES AND ITS RELATIO: <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/4fb818ff-733f-40ee-8225-9e6275173399/content>
- Camargo Ariza, J. R. (s.f.). *EFICACIA DE LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA EN LOS PROCESOS ADELANTADOS ANTE LOS JUZGADOS CIVILES DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, UNA PER*. Recuperado el 25 de Mayo de 2021, de Repositorio Universidad Nacional: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/77041/Documento%20entrega%20final%20PDF.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- CLAVIJO MELÉNDEZ, L. I. (2019). *LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y SUS EFECTOS CONSTITUCIONALES DE LEGALIDAD Y DEBIDO PROCESO COMO REQUISITO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO*. Recuperado el 20 de Julio de 2022, de ClavijoMeléndezLauraIsabel2019: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/20529/ClavijoMel%c3%a9ndezLauraIsabel2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Congreso de la Nación Paraguaya. (25 de Febrero de 2015). *Ley N° 1337 / CODIGO PROCESAL CIVIL*. Recuperado el 13 de Febrero de 2020, de Ley N° 1337 / CODIGO PROCESAL CIVIL: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/3038/ley-n-1337-codigo-procesal-civil>
- Córdoba Palacio, J., & Mosquera Chaverra, S. P. (2019). *Universidad Autónoma Latinoamericana - UNAULA: La importancia de las medidas cautelares decretadas por la superintendencia de industria y comercio en los casos de "publicidad engañosa" y "competencia desleal" en Colombia*. Recuperado el 28 de febrero de 2020, de Universidad Autónoma Latinoamericana: <http://repository.unaula.edu.co:8080/handle/123456789/1360?locale=fr>
- Córdova Pardo, V. E. (22 de enero de 2020). *Análisis de la actividad probatoria de oficio en el proceso*

- penal: a propósito del principio de imparcialidad judicial*. Recuperado el 12 de Mayo de 2021, de Pirhua: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4319?show=full>
- CUELLAR PARRA, G. (s.f.). *i UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA SECCIONAL CÚCUTA BIBLIOTECA "MANUEL JOSÉ VARGAS DURÁN" RESUMEN – TRABAJO DE GRADO GRECI*. Recuperado el 10 de enero de 2020, de Repositorio Institucional Unilibre: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9564/EL%20PRINCIPIO%20DE%20ROPORCIONALIDAD%20EN%20LAS%20MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS%20COMO%20GARANTIA%20A%20LA%20TUTELA%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Garcés Vásquez, P. A. (2014). *Acciones constitucionales Una aproximación a la eficacia y efectividad de los derechos*. Recuperado el 07 de Abril de 2020, de Repositorio IUE: <http://bibliotecadigital.iue.edu.co/jspui/handle/20.500.12717/1836?locale=es>
- Gobierno de España. (7 de January de 2023). *A-2000-323 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Recuperado el 15 de Mayo de 2021, de BOE.es: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>
- Groppi, T. (s.f.). *Corte Constitucional y principio de efectividad*. Recuperado el 05 de Febrero de 2020, de Corte Constitucional y principio de efectividad*: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25579.pdf>
- Ibáñez, P. (2008). *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*. N°. 38, 2020. Recuperado el 01 de Abril de 2020, de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/564561>
- LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. (s.f.). *CODIGO PROCESAL CIVIL*. Recuperado el 10 de Febrero de 2022, de Registro Nacional: https://www.rnpdigital.com/propiedad_industrial/documentos/pi_normativa/leyes/CODIGOPROCESALCIVIL.pdf
- La Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (07 de Julio de 1991). *CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA 1991*. Recuperado el 10 de junio de 2021, de CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA 1991 PREAMBULO EL PUEBLO DE COLOMBIA en ejercicio de su poder soberano, representado por sus d: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Lapenta, E. V. (Octubre de 2010). *Lo cautelar y lo definitivo en el proceso judicial*. Recuperado el 25 de April de 2023, de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5028489>
- meza yances, L. a. (Julio de 2019). *Vista de Prejuzgamiento o no en aplicación de medidas cautelares en los procesos por competencia desleal en Colombia*. Recuperado el 05 de Marzo de 2020, de Revistas UGCA: <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/909/1450>
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (s.f.). *Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nacion*. Recuperado el 25 de April de 2023, de Jus.gob.ar: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>
- Mojica, L. A. (22 de August de 2016). *Las medidas cautelares innominadas y la crisis moral del abogado en Colombia*. Recuperado el 11 de Febrero de 2021, de Revistas UCC: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1525>
- Montero Aroca, J. (s.f.). Derecho a la imparcialidad judicial. *Dialnet(7ª)*, 69-112. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2774093>
- Organización de Estados Americanos. (s.f.). *Las medidas cautelares y su importan en las Américas.cia para la protección de los derechos humanos*. Recuperado el 20 de julio de 2020, de Las medidas cautelares y su importancia para la protección de los derechos humanos en las Américas.: https://www.oas.org/es/cidh/consulta/docs/II.es.14.dejusticia_dp1f_conectas_cels_idl__medidas_cautelares.pdf
- Otones, M. S. (2001). *Las medidas cautelares: Su regulación en la Ley 1/2000*. Recuperado el 17 de Agosto de 2020, de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=78677>
- PEÑA PALACIOS, J. D. (2016). *LA NECESIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS ORDINARIOS LABORALES*. Recuperado el 29 de Julio de 2020, de LA NECESIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS ORDINARIOS LABORALES:

- https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2737/Necesidad_medidas%20cautelares.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- PÉREZ LUÑO, A. -E. (2000). *La Seguridad Jurídica. Una Garantía del Derecho y la Justicia*. Recuperado el 08 de Febrero de 2020, de e-Spacio: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-15-48A09575/PDF>
- Presidencia de la República de Perú. (14 de November de 1984). Recuperado el 20 de Junio de 2021, de CODIGO CIVIL DECRETO LEGISLATIVO N° 295 Promulgado: 24.07.84 Publicado: 25.07.84 Vigencia: 14.11.84 “Al texto de cada artíc:
https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf
- Republica de Ecuador. (s.f.). *Constitución del Ecuador*. Recuperado el 25 de April de 2021, de Asamblea Nacional:
https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Sandoval Gutiérrez, J. F. (30 de Diciembre de 2020). *Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y su capacidad de afectación a los consumidores / Vniversitas*. Recuperado el 25 de Abril de 2022, de Revistas Javeriana:
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/29049>
- Soriano, R. (2010). *La eficacia en el ordenamiento jurídico colombiano. El caso de la ley 789 de 2002*. Recuperado el 20 de Febrero de 2020, de Repositorio Institucional Universidad EAFIT:
https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12065/Valentina_CoulsonOsorio_Laura_Ram%c3%adrezCorrea2010.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Tratados de derechos internacionales DEA. (05 de Agosto de 1979). *CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES*. Recuperado el 19 de Mayo de 2020, de B-42: CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-42.html>