

LAS MEDIDAS CAUTELARES Y AUTOSATISFACTIVAS EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA EFECTIVA COLOMBO-VENEZOLANA.*

Carlos Alberto Colmenares Uribe

En el presente trabajo se realizará un juicio en el tema de las medidas cautelares y autosatisfactivas, ambas hacen parte de la tutela efectiva que es en últimas la que reclama el justiciable, y se intentará demostrar si se hace necesaria una legislación para regular las medidas autosatisfactivas en Colombia y Venezuela.

Palabras Clave: Medida cautelar, Medidas autosatisfactivas, Tutela judicial efectiva, Proceso urgente.

ABSTRAC:

In this paper we conduct a trial on the issue of interim measures and autosatisfactivas, both are part of the effective protection that is ultimately claiming the defendant, and try to prove whether legislation is needed to regulate the measures autosatisfactivas Colombia and Venezuela.

Key Words: Precautionary measure, measures autosatisfactivas, effective judicial protection, urgent process

Este trabajo debe iniciarse con la luz de los Principios Ali/ Unidroit del Proceso Civil Transnacional y la Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en materia 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, (ALI/UNIDROIT, 2004) y en general, tomando igualmente la sabiduría del tratadista Ramiro Podetti al sostener que "son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o como un anticipo, que puede o no ser definitivo de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes (Podetti, 1956, p.20).

Sobre las medidas autosatisfactivas me ocuparé más adelante.

Los Principios Ali/ Unidroit del Proceso Civil Transnacional constituyen un trabajo trascendental con caracterización de ser una obra que demuestra la evolución del derecho a nivel de la mundialización como fenómeno. Su inspiración está apoyada en la sabiduría y genio de los juristas Geoffrey Hazar, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pennsylvania y Michele Taruffo, de la Universidad de Pavia, siendo acompañados posteriormente de los brillantes juristas Rolf Stürner y Antonio Gidi, quienes no solo establecen los principios, reglas, sino que los comentan.

Sobre las medidas cautelares en el libro que es el proceso civil transnacional como modelo para el mundo, se expone:

"8 Medidas provisionales y cautelares

- 8.1 El tribunal podrá decretar medidas provisionales cuando sean necesarias para garantizar la eficacia de la sentencia definitiva, o para mantener o de otra manera regular el "status quo". Las medidas provisionales se rigen por el principio de proporcionalidad.
- 8.2 El Tribunal podrá decretar una medida cautelar sin notificación previa sólo en casos urgentes y por razones preponderantes de equidad. El solicitante debe revelar de modo completo los hechos y las cuestiones jurídicas de los cuales el tribunal debería estar correctamente informado. Tan pronto sea posible, la persona contra quien se pretende

* Este artículo hace parte del proyecto de investigación "El Proceso Ejecutivo y Monitorio Colombo-Venezolano" que desarrolla el Grupo de investigación CIDPRO dirigido por Carlos Alberto Colmenares Uribe y Rodrigo Rivera Morales.

hacer efectiva la medida ex parte solicitada debe tener la oportunidad de impugnarla si la considera improcedente.

- 8.3 El solicitante de la medida cautelar será normalmente responsable de indemnizar a la persona contra la cual aquella se hizo efectiva si posteriormente el tribunal determinara que la medida no debió haberse otorgado. Cuando corresponda, el tribunal debe exigir al solicitante de la medida cautelar que preste una caución o que asuma formalmente la obligación de indemnizar". (ALI/UNIDROIT, 2004, p. 28)

Los Maestros Geoffrey Hazar, Michele Taruffo, Rolf Sturmer y Antonio Cidi, en su orden de Estados, Italia, Alemania y Brasil representantes del Derecho científico, comentan la normativa anterior la por unanimidad así: (ALI/UNIDROIT, 2004, p. 29)

"P-8A La noción de "medida provisional" abarca también el concepto de "injunction", que es una orden del tribunal que dispone o prohíbe la realización de un determinado acto, por ejemplo, la conservación de bienes en su estado actual. El Principio 8.1 autoriza al tribunal a decretar una medida de hacer, que disponga la realización de un acto, o de no hacer, es decir que prohíba un acto específico o una serie de acciones. El término se utiliza aquí en un sentido genérico para incluir el embargo, el secuestro de bienes y otras medidas. La expresión [regular] incluye medidas que tienden a mejorar la controversia subyacente, por ejemplo, la supervisión de los administradores de una sociedad durante el litigio entre sus socios. La disponibilidad de medidas provisionales o cautelares, tales como el embargo o secuestro de bienes, deberá ser determinada por el derecho del foro, incluyendo los principios de derecho internacional que resulten aplicables. Un tribunal puede también ordenar se informe sobre la existencia de bienes donde quiera se encuentren o decretar medidas provisionales para apoyar el arbitraje o ejecutar medidas provisionales decretadas en arbitrajes.

P-88 Los Principios 5.8 y 8.2 autorizan al tribunal a decretar una medida provisional sin notificación previa a la persona contra la cual se dirige cuando una necesidad urgente lo justifique. La "necesidad urgente" exigida como fundamento para una medida dictada ex parte es un concepto práctico, como lo es también el de razones preponderantes de equidad. Este último término equivale al concepto de "balance of equities" del common law. Las consideraciones de equidad incluyen el peso de los argumentos del reclamo del solicitante, la existencia de un interés público relevante si lo hubiera, la urgencia de la necesidad de la medida provisional y las cargas prácticas que pueden resultar del otorgamiento de la medida. Tal medida provisional (injunction) es usualmente conocida como medida decretada ex parte (ex parte arder). Ver Principio 1.4.

P-8C La cuestión a resolver por el tribunal ante la solicitud de una medida ex parte es si el solicitante ha demostrado razonable y verosímelmente que tal medida es necesaria para evitar un daño irreparable en la situación a dirimirse en el litigio y que sería imprudente postergarla hasta que la otra parte sea oída. La carga de justificar el dictado de la medida ex parte corresponde al solicitante. Sin embargo, la resolución y sus fundamentos deberán ser notificados tan pronto sea posible a la parte contraria o a la persona contra quien se ha decretado la medida, quien deberá tener el derecho de impugnarla para su pronta y completa reconsideración por el tribunal. La parte o la persona afectada deben tener la oportunidad para que se reconsidere a de novo la decisión, incluyendo, la oportunidad para ofrecer prueba. Ver Principio 8.2

P-80 Las normas procesales exigen generalmente que el solicitante de una medida provisional ex parte revele al tribunal en forma completa todas las cuestiones de hecho y de derecho que éste debería tomar en cuenta legítimamente para hacer lugar al pedido,

incluso aquellas en contra de los intereses del solicitante y favorables a los de la parte contraria. El incumplimiento de esta obligación de informar es un motivo para denegar la medida y puede ser la base de la responsabilidad por daños contra la parte requirente. En algunos sistemas jurídicos, la estimación de los daños derivados de una medida cautelar erróneamente decretada no refleja necesariamente la correcta resolución de las cuestiones sustanciales subyacentes.

P-8E Una vez oídos los interesados, el tribunal puede dictar, dejar sin efecto, renovar o modificar la orden. Si el tribunal hubiera rechazado inicialmente dictar la medida ex parte, podría decretarla, sin embargo, como resultado de una audiencia. Si el tribunal hubiera decretado previamente una medida provisional ex parte, puede anular, renovar o modificar su decisión a la luz de las cuestiones surgidas en la audiencia. La carga de demostrar que la medida provisional está justificada corresponde a la parte requirente.

P-8F El Principio 8.3 autoriza al tribunal a solicitar una garantía u otro tipo de indemnización como protección contra las molestias y daños que pudieran resultar de la medida provisional. Las condiciones de dicha indemnización deberán ser determinadas por el derecho del foro. La obligación de indemnizar deberá ser expresa y no meramente implícita y podría ser formalizada a través de una garantía otorgada por un tercero.

P-8C En muchos sistemas, una medida decretada según este Principio está normalmente sujeta a apelación inmediata, conforme al procedimiento del foro. En algunos de ellos, tal medida es de una duración muy breve y sujeta a la pronta reconsideración en el tribunal de primera instancia, previa a la posibilidad de ser apelada. La garantía de una revisión es especialmente necesaria cuando la medida se ha dictado ex parte. La revisión por un tribunal de segunda instancia está regulada en formas diferentes en los diversos sistemas. Sin embargo, deberá también reconocerse que tal revisión podría traer aparejadas pérdidas de tiempo o abusos procesales". (ALI/UNIDROIT, 2004, p 29 y 30)

Los comentarios por sí solo superan buena parte de la doctrina en materia de medidas cautelares, más, si se asume que lo hacen docentes de las universidades más prestigiosas del mundo y con reconocimiento global como maestros del Derecho Procesal, pero lo que debe destacarse es que dichas medidas cautelares obedecen no a un ordenamiento positivo sino a un contexto de globalización, pues se presentan los principios del proceso civil transnacional. Adjuntos a los principios están las reglas del proceso civil transnacional, que constituyen para los relatores el modelo de implementación de los principios, que puede ser considerado para su adopción en diversos sistemas jurídicos.

Ahora bien, la Convención Interamericana relativa al cumplimiento de medidas cautelares para los efectos de la 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.

Alsina y Serantes Peña y Palma, y la Jurisprudencia Argentina, citados por Raul Martínez Botos, en su obra ejemplar intitulada "Medidas Cautelares, sobre la finalidad y verdadero concepto, dicen: "En virtud del riesgo que implica la imposibilidad material de que el proceso satisfaga de inmediato cualquier pretensión, el legislador ha debido arbitrar un conjunto de medidas, denominadas cautelares o precautorias-que pueden solicitarse y ordenarse dentro del proceso

cautelar-, con el objeto de asegurar el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener en un proceso de stinto .

"Todo proceso -dicen Serantes Peña y Palma- demanda un tiempo considerable para su decisión, y es probable que durante su sustanciación se produzcan hechos que tornen imposible el cumplimiento de lo resuelto por la sentencia definitiva. Entonces, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible su cumplimiento.

"La jurisprudencia, como veremos, ha ratificado estos conceptos en reiterados fallos.

" La medida cautelar puede conceptuarse como aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurra entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva (C2aCC y Minería San Juan, 27/4/83, ED, t. 105, p. 457)". (Martínez Botos, 1999, p. 28)

Las medidas cautelares según la doctrina le ha dado distintas denominaciones, pero todas obedecen a la misma naturaleza, fin y características de la institución estudiada.

En efecto, se conocen con los siguientes nombres: "procedimientos cautelares" "medidas provisionales de cautela o de ejecución", "garantía jurisdiccional con finalidad cautelar", "providencias cautelares", "sentencias cautelares", "medidas provisionales de seguridad", "medidas de seguridad", "medidas precautorias", "medidas de garantía" y acciones preventivas, teniendo todas ellas naturaleza jurisdiccional y fundamentada en la tutela efectiva que busca las providencias que, ya de oficio o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro de un juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez en una sentencia ejecutoriada. Se trata pues de un medio para obtener dentro de un proceso la finalidad perseguida.

Para el Maestro Carnelutti "cautelar se llama al proceso, cuando en vez de ser autónomo, sirve para garantizar" (Carnelutti, 194?, p. 86) Al insigne maestro lo siguen en América Couture, Vescovi, Rivera Morales, entre otros, y en Colombia, Hernando Devis Echandia, Hernando Morales, Jairo Parra Quijano, Hernan Fabio López blanco, Ramiro Bejarano, Jaime Azula Camacho, entre otros.

Luego de tomar las luces del Modelo de Proceso Civil Transnacional , el Tratado referido anteriormente y los distintos conceptos ya esbozados , se puede inferir que las razones que explican las medidas cautelares, entre otras son:

1. El riesgo que implica la imposibilidad material de que el proceso satisfaga de inmediato cualquier pretensión.
2. Que pueda perder su virtualidad o eficacia por el transcurso del tiempo el derecho pretendido.
3. Asegurar que la Justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido.
4. Asegurar el cumplimiento de la tutela efectiva.
5. Mantener la igualdad de las partes en el litigio.
6. Impedir que el resultado de un proceso se vea frustrado por las contingencias que puedan acaecer en el curso del litigio.
7. Dar seguridad jurídica.

EL OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

Las medidas cautelares tienen por objeto las personas, los bienes o las pruebas para asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido, y tienden a impedir que en su oportunidad pueda convertirse en ilusoria la condena que ponga fin al proceso, mantener la igualdad de las partes y primordialmente la tutela jurídica.

La Corte Constitucional Colombiana, dijo: "ennuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado" (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-054 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell)

La misma Corporación de Justicia, sobre la eficacia del derecho sustancial y la importancia de la medida cautelar, expresó: "Justamente, en razón de la naturaleza preventiva y provisional de las medidas cautelares, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 327 del Código de Procedimiento Civil, que ordena dar cumplimiento a las medidas cautelares, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta. La Corte advierte en la sentencia: "Admitir lo contrario, esto es, que su ejecución sea posterior a la notificación del auto que las ordena, haría inoperante dicha figura en cuanto le daría al demandado la oportunidad de eludirla, impidiéndole al juez cumplir eficazmente su objetivo de proteger el derecho amenazado o violado" (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-925 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Tiene razón el Tratadista HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, cuando sostiene que las medidas cautelares son de tres clases: reales, personales y probatorias. Las primeras recaen sobre bienes que son objeto de litigio, como cuando se discute la titularidad del derecho de dominio de un inmueble y se registra la demanda, o sobre bienes que van a quedar afectados al proceso así no sean objeto del mismo, como acontece con los bienes que se embargan para asegurar el pago de una obligación cuyo cobro se pretende en juicio ejecutivo.

Las segundas, las personales, se refieren a las personas que son parte dentro del proceso o que están vinculadas al mismo, como sería el caso de autorizar la residencia separada del cónyuge demandante en juicio de divorcio o disponer la custodia provisional de los hijos dentro del mismo proceso y,

Las de índole probatoria concerniente a la solicitud y práctica de pruebas anticipadas aspecto sobre el cual la doctrina no se muestra pacífica. (López, 2009, p. 1075)

Sobre las medidas cautelares y medidas preparatorias, el Profesor Alfredo Jorge Di Iorio, expresó: "La doctrina ha diferenciado ambas especies en forma clara. Las medidas preparatorias son aquellas por las cuales quien pretenda demandar o quien con fundamento prevea que será demandado se procure informaciones o conocimientos de hechos que le son indispensables para promover el proceso u oponer defensas, y que no podría obtener sin la intervención de la jurisdicción, haciendo así posible la constitución regular del proceso fijando alguno de sus elementos o proporcionando alguno de sus ingredientes, impidiendo de tal forma que el mismo

pueda resultar eventualmente inútil. Concretamente, en principio, su función es la de aportar el conocimiento de hechos al que pretenda demandar para interponer debidamente su acción, o para oponer excepciones o defensas por el que prevea que ha de ser demandado" . (Di Iorio, p.7)

Queda reiterado con todos los renglones anteriores, que las medidas cautelares son una de las especies del genero de tutela efectiva, teniendo lugar no solamente en cuanto a los efectos del proceso o de las personas sino con las pruebas como ocurre en la mayoría de países de América Latina donde quien pretenda demandar o tema que los demanden podrá solicitar todos los medios de prueba que considere necesarios para hacer valer en el futuro.

CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

La doctrina no es uniforme en cuanto a la clasificación, pues existen varias categorías y atendiendo a su propio objeto se toman como referencia la de la conservación de la prueba, el riesgo que implica la imposibilidad material de que el proceso satisfaga de inmediato cualquier pretensión; que pueda perder su virtualidad o eficacia por el transcurso del tiempo el derecho pretendido; que busque asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido; que se obtenga el cumplimiento de la tutela efectiva; que se mantenga la igualdad de las partes en el litigio; que se impida que el resultado de un proceso se vea frustrado por las contingencias que puedan acaecer en el curso del litigio.

Una obra cumbre de medidas cautelares en América latina es la de Raúl Martínez Boto, quien se ocupa de la clasificación así: "Las medidas cautelares pueden ser clasificadas atendiendo: 1) a la forma en que están reguladas; 2) a su trámite; 3) a la finalidad perseguida y 4) al bien protegido.

Con respecto a la forma en que están reguladas, pueden sub-dividirse en nominadas y genéricas, comprendiendo las primeras el embargo preventivo, el secuestro, la intervención y administración judicial, la inhibición general de bienes, la anotación de litis, la prohibición de innovar y de contratar y la protección de personas, y las segundas, las contempladas en el art. 232 CPN.

Según su trámite pueden verificarse dentro del proceso principal y antes o después de promovido.

En cuanto a la finalidad perseguida, pueden ser de aseguramiento de la ejecución forzosa (embargo preventivo, secuestro, inhibición general de bienes, prohibición de innovar y de contratar) y para evitar daños irreparables por el transcurso del tiempo (protección de personas).

Por último, atendiendo al bien protegido, se utilizan para asegurar bienes (embargo preventivo, secuestro, intervención y administración judicial, inhibición general de bienes, prohibición de innovar y de contratar) y para asegurar personas (separación de los cónyuges, guarda de los hijos, protección de personas). (Martínez Botos, 1999, pp. 30 y 31)

Por su parte, la Jurista Maria Petzold-Rodriguez, en su trabajo intitulado "La sustitución de bienes en las medidas cautelares en el derecho venezolano, sobre el tema, dijo:

"S. Clasificación legal de las medidas cautelares Las medidas cautelares se pueden clasificar en:

MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS

Las que procuran la garantía económica de la ejecución forzosa (embargo y prohibición de enajenar y gravar);

Las que aseguran y preservan la cosa litigiosa (secuestro).

MEDIDAS CAUTELARES GENÉRICAS O INNOMINADAS

Las que aseguran derechos individuales, sociales y políticos de carácter inalienable;

Las que aseguran derechos patrimoniales (asegurativas, conservativas y anticipativas).

PROVIDENCIAS CAUTELARES COMPLEMENTARIAS

Destinadas a asegurar la eficacia y ejecución de las medidas típicas.

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 588 agrupa cuatro tipos de medidas cautelares:

El Embargo de Bienes Muebles;

El Secuestro de Bienes Determinados

La Prohibición de Enajenar y Gravar Bienes Inmuebles

Medidas Cautelares Innominadas: establecidas en el Parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, la redacción es bastante genérica, por cuanto sería dificultoso tratar de enumerar las situaciones en que se poarían P.ed1r estas medidas cautelares, pero es indudable que para acordarlas, el Juez deberá vigilar estrictamente los presupuestos del fumus bonis iuris y el periculum in mora. (Petzold Rodríguez, 2001, pp. 373y374)

En general las medidas cautelares se pueden clasificar así:

1. Medidas para asegurar personas, casos muy frecuentes en los procesos de familia, la custodia, la interdicción.
2. Medidas para asegurar bienes, destacándose el embargo, secuestro, caución.
3. Medidas para mantener un statu quo con respecto a bienes o cosas, ejemplo prohibición de enajenar.
4. Medidas anticipadas o tutela anticipada, ejemplo suspender un acto de asamblea, junta directiva o un acto administrativo.
5. Medidas para asegurar elementos probatorios, prueba anticipada, quien pretenda demandar o tema que lo demanden.

CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

De igual manera la doctrina ha indicado sus características así:

- a) Constituyen un acto jurisdiccional.
- b) Son instrumentales.
- c) Son temporales.
- d) Opera la caducidad.
- e) Ofrecen como regla general contra-cautela.
- f) Son provisionales.
- g) Revisten el carácter de urgentes.
- h) No hacen transito a cosa juzgada material.
- i) Se decretan inauditaparte.
- j) Proceden a petición de parte o de manera oficiosa.

Dadas todas las características anteriores, pueden considerarse tres las condiciones fundamentales a las que están sometidas las providencias para la viabilidad de las medidas cautelares atendiendo entre otros el carácter de urgentes, instrumentales y jurisdiccionales, a saber: 1. La existencia de un juicio en el cual la medida va a surtir sus efectos (Pendente Lite) 2. La apariencia del buen derecho (Fumus Bonis Iuris) y 3º. El peligro de que ese derecho aparente no sea satisfecho (Periculum in Mora), siendo éstos los puntos a los que debe referirse el conocimiento del juez en vía cautelar, pues, "el peligro en el retardo es la causa impulsiva de las medidas y conjuntamente con el juicio de verosimilitud que requiere la ley para su decreto son los que en definitiva justifican la prosecución del procedimiento cautelar sea para el decreto oficioso o de parte, ejecución, oposición o suspensión de las medidas.

Resulta oportuno y contundente alimentar este trabajo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que, con ponencia del Maestro OMAR ALFREDO MORA DIAZ, se destaca por el carácter humano de la justicia y la tutela efectiva.

En efecto, la Corporación de Justicia dijo:

"... si bien es cierto, que el artículo 466 de la Ley en referencia, establece unos supuestos para la procedencia de las medidas cautelares, como son la legitimación del sujeto que las solicita y el señalamiento del derecho que se reclama, las cuales son condiciones generales para el ejercicio y admisión de cualquier acción, de indiscutible e inexorable cumplimiento, y adiciona un elemento nuevo que difiere del régimen de la cautela ordinaria como lo es la potestad del juez de fijar el plazo en el cual permanecerán vigentes o con efectos, lo es también el hecho de que dada la naturaleza propia de las providencias cautelares, las cuales como expresa el autor Piero Calamandrei en su Obra Providencias Cautelares "Proveen a eliminar el peligro mediante la constitución de una relación provisoria, pre ordenada al mejor rendimiento práctico de la futura providencia principal", la interpretación y alcance del artículo en referencia debe llevar al juez al análisis de las condiciones o requisitos de procedibilidad que la doctrina patria ha calificado como los pilares clásicos del poder cautelar, previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, pueden considerarse tres las condiciones fundamentales a las que están sometidas las providencias bajo estudio, a saber: 1º.- La existencia de un juicio en el cual la medida va a surtir sus efectos (Pendente Lite) 2º.- La apariencia del buen derecho (Fumus Bonis Iuris) y 3º.- El peligro de que ese derecho aparente no sea satisfecho (Periculum in Mora), siendo éstos los puntos a los que debe referirse el conocimiento del juez en vía cautelar, pues, "el peligro en el retardo es la causa impulsiva de las medidas y conjuntamente con el juicio de verosimilitud que requiere la ley para su decreto son los que en definitiva justifican la prosecución del procedimiento cautelar sea para la ejecución, oposición o suspensión de las medidas" (Ricardo Henríquez La Roche, Medidas Cautelares según el Código de Procedimiento Civil, Caracas 2000). (Negrillas de la Sala).

Sobre este punto, la jurisprudencia pacífica y reiterada de este Alto Tribunal se ha orientado, en señalar:

"(...) no significa que puedan hacerse a un lado los requisitos a que se contrae el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, esto es, el peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución de la decisión definitiva (periculum in mora) y la presunción grave del derecho que se reclama (fumus boni iuris), ya que es criterio de este Alto Tribunal que el poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren, y

por ello la providencia cautelar sólo se concede cuando existan en autos, medios de prueba que constituyan presunción grave de la existencia del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo, así como del derecho que se reclama; tanto es así, que la citada norma fue invocada por el solicitante, conjuntamente con el artículo 599, ordinal 2º eiusdem.

En cuanto al periculum in mora, ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

Con referencia al fumus boni iuris, su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho, pues cuando se acuerda la tute/a cautelar no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado. Puede comprenderse entonces como un preventivo cálculo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiéndole al Juez analizar los recaudos o elementos presentados junto con el escrito de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama". (Sentencia N° 00636 del 17-4-2001. Sala Política Administrativa).

"Advierte esta Sala que no se desprende de la citada sentencia que el órgano jurisdiccional que conozca de la acción de amparo deba constantemente y ante cualquier solicitud conceder la medida cautelar solicitada, antes bien, debe siempre analizar cada caso concreto y verificar si de lo alegado por el solicitante se evidencia la presunción a su favor del buen derecho que reclama, o si existe o no fundado temor de que quede ilusoria la ejecución del fallo, o que los daños sean irreparables o de difícil reparación como consecuencia del no otorgamiento de la cautela solicitada". Sentencia N° 265 del 01- 03-2001. Sala Constitucional. (Negrillas de esta Sala).

De las consideraciones expuestas, se advierte entonces, que en los casos de aplicación del artículo 466 al cual se ha hecho referencia anteriormente, tratándose de asuntos patrimoniales donde estén involucrados intereses de niños y adolescentes, la facultad del juez cuando opta por decretar la medida requerida que constituye, como ha dicho este Máximo Tribunal, una limitación al derecho de propiedad de la parte contra la cual obra, está condicionada a la consideración del "periculum in mora" y el "fumus boni iuris", expresando los fundamentos y razones que lo llevan a dar por demostrados estos elementos de procedencia, dado que éste es un requisito de la motivación del fallo.

En este orden de ideas, considerar acertada la tesis asumida por la Corte Superior de Apelaciones, de no aplicar subsidiariamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en los asuntos cautelares cuando la pretensión sea de naturaleza patrimonial, contraviene la disposición del artículo 451 de la Ley Orgánica de Protección, que establece su aplicación subsidiaria en cuanto no se opongan a las normas de la ley especial, puesto que en el caso sub iudice, no existe en forma alguna contradicción entre los preceptos contenidos en las referidas leyes, sino que por el contrario las condiciones para la procedencia de las medidas se complementan con lo tradicionalmente previsto en el proceso ordinario e igualmente contraría los criterios establecidos en la doctrina patria y extranjera, en la jurisprudencia y en la propia legislación, el sostener que pueden los jueces actuar con tal discrecionalidad en materia cautelar, más en asuntos patrimoniales cuando

no debe la Sala dejar de considerar que sus efectos pueden vulnerar los derechos de los niños y adolescentes, quienes como sujetos plenos de derechos, bien pueden encontrarse en la condición de demandados y verse así afectados por la declaratoria de una medida cautelar; si no se observaran los referidos criterios de procedibilidad, resultando contradictoria tal situación con el carácter tuitivo ínsito en la Ley y con los principios de derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva del que gozan las partes en un juicio. Así se establece.

Ahora bien, en el caso in comento se observa que las medidas cautelares decretadas recayeron sobre los bienes de una persona jurídica cuya creación se remonta a más de setenta (70) años; que contribuye al desarrollo de objetivos de interés social, beneficencia y programas de promoción popular de áreas marginales, previstos en la Ley de Reforma Parcial de la Ley que crea el Instituto de Beneficencia Pública y Bienestar Social del Estado Táchira, el cual funciona con un patrimonio propio y, está adscrito al Ejecutivo Regional de dicho Estado, siendo propietaria de un considerable número de inmuebles y sumas de dinero depositadas en entidades bancarias, tal y como consta de los bienes sobre los cuales se dictó la prohibición de enajenar y gravar; y que reflejan un amplio patrimonio, circunstancias estas que generan dudas en la Sala con relación a la posible insolvencia del referido Instituto.

Por otra parte, es conocido el hecho de que la demandada, por intermedio de los juegos de lotería que promueve y ejecuta, administra una importante cantidad de recursos económicos que obtiene y distribuye todas las semanas, desde hace aproximadamente 10 años, lo cual reafirma lo dicho en cuanto a la insolvencia y la posibilidad de que quede ilusoria la ejecución del fallo en el presente caso.

Considerando estos conocimientos de hecho, comprendidos en la experiencia común, la Corte de Apelaciones del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente debe a los fines de suspender las medidas decretadas, servirse de esta máxima de experiencia, conforme a lo previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, de no encontrar en autos una prueba lo suficientemente contundente que hiciera presumir la existencia de un riesgo que pudiera conllevar a que el fallo no sea satisfecho, por mora o insolvencia del ejecutado". (TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN SOCIAL Ponencia del Magistrado Dr. OMAR ALFREDO MORA DÍAZ. - En el procedimiento por cobro de bolívares e indemnización por daños y perjuicios seguido por ante el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, Sala de Juicio N° IX de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por la ciudadana LEIDA MARINA CASTILLO CASTILLO, en representación de los adolescentes ROBERT ALEXANDER COCCHIONI CASTILLO y FERMÍN EDUARDO COCCHIONI CASTILLO, judicialmente representados por los abogados Freddy Fuentes Torrealba, María Mercedes (Mayra) Vernet Antonetti, Sandra Vernet Antonetti, Estrella Ruiz de Corrales, Thays Rausseo de Fuentes, Patricia Parra de López, José Saúl López Pericana y Naucelin Roa contra el INSTITUTO DE BENEFICENCIA PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL DEL ESTADO TÁCHIRA, representado judicialmente por los abogados Pedro Antonio Rey García, Carlos Arreaza, José Elíseo Malina Chacón y Alba Marina Rondón de Roa Sala de Despacho de la Sala de Casación Social, del, en Caracas, a los diecinueve (19) días del mes de septiembre de dos mil uno)

De la fuente transcrita se infieren en todo su recorrido la razón de ser de las medidas cautelares, su naturaleza, características y función que cumplen.

Se tiene por sabido, por mandato constitucional o legal, que la medida cautelar es de naturaleza y característica jurisdiccional relacionada con la prevalencia del derecho sustancial, la seguridad jurídica, permitiendo su revisión o modificación toda vez que forman parte de la tutela efectiva.

Las medidas cautelares crean un estado jurídico provisional susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio, al variar los presupuestos determinantes de la traba, o al aportarse nuevos elementos de juicio que señalen la improcedencia del mantenimiento de la medida (Podetti, 1958, p. 23)

Luego de estudiar las medidas cautelares me ocupo ahora de las medidas autosatisfactivas las cuales por su naturaleza y característica no son medidas cautelares, haciendo parte de la tutela efectiva.

MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS.

En América, la doctrina, a la cabeza del procesalista Jorge Peyrano, ha logrado advertir la existencia de un instrumento bautizado las medidas autosatisfactivas que hacen parte de los denominados procesos urgentes, género que incluye las medidas cautelares, el amparo, el hábeas data, el hábeas corpus, estructura monitoria y la tutela anticipada.

Sobre este último tema, en un trabajo interesante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, Argentina, bautizado "El Juez pretor y la medida autosatisfactiva" del jurista FABIAN GUILLERMO SLISARANSKY, con Tutoría de la prestigiosa procesalista MABEL ALICIA DE LOS SANTOS, sobre el concepto de la medida autosatisfactiva, señalan:

"Se trata de un requerimiento "urgente" formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma".

"Se trata de una especie del género de los "procesos urgentes". Mabel de los Santos, las define -siguiendo a Jorge Peyrano, y el texto de las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal- diciendo que son soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables in extremis y mediando una fuerte probabilidad de que los planteas formulados sean atendibles. Las mismas importan una "satisfacción definitiva" de los requerimientos de los postulantes, de modo que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición o ulterior de una pretensión principal. Así mismo dicho remedio de urgencia, no cautelar, resulta útil para solucionar vías de hecho".

"La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal".

"Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos:

- a) concurrencia de una situación de urgencia;*
- b) su despacho debe estar presidido por la existencia de una probabilidad y no de una simple verosimilitud, de que efectivamente lo requerido es jurídicamente atendible;*
- c) exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial".*

"La medida autosatisfactiva da respuestas a problemas jurídicos no menores, sobre todo si tenemos en cuenta que su principal socorrido es "lo urgente".

"En el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en San Martín de los Andes en octubre de 1999, respecto a los procesos urgentes, se dijo:

- 1. El debido proceso es una preciosa garantía constitucional no sólo del demandado, sino también del actor, e involucra el derecho de éste a obtener una efectiva y oportuna respuesta jurisdiccional.*
- 2. La garantía del debido proceso es polifacética y no siempre se materializa en la realidad de igual manera. Sus alcances y características no son las mismas cuando se trata de un proceso de conocimiento pleno que cuando se hacen valer "derechos líquidos" o se alega una situación de extrema urgencia que reclama impostergable solución.*
- 3. El procedimiento monitorio, la medida autosatisfactiva y la tutela anticipada son tres de las vertientes principales del proceso urgente. Dichos institutos buscan mejorar la posición relativa del actor o del requirente de la prestación jurisdiccional, a veces injustamente olvidada.*
- 4. Se recomienda la pronta y prudente incorporación a la legislación procesal argentina de la estructura monitoria, la medida autosatisfactiva, la tutela anticipada y otras expresiones válidas de una deseable"(SL/SARANSKY, 2003)*

Se consignó la literalidad anterior, para tener fundamentos serios y reconocer que en Argentina dicha corriente viene tomando seguidores.

Con el respeto que merecen los Maestros Jorge Peyrano y Mabel de los Santos, quien es ya tienen partidarios, eso que llaman los procesos urgentes, en varias constituciones de Iberoamérica se conoce como la tutela efectiva, siendo plausible tanto en Colombia como en Venezuela, sostener que los contornos del derecho procesal inician en un sistema de garantías constitucionales que se denominan tutela judicial efectiva, lo cual en buen romance significa asegurar al ciudadano que obtenga con prontitud la decisión correspondiente.

En Venezuela, la Carta Política en su artículo 26 en lo pertinente reza: "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente".

La Jurista Colombiana DIANA RAMIREZ CARVAJAL, sostiene que "En sentido material, la tutela judicial efectiva se compone por lo menos de los siguientes principios : publicidad, independencia, imparcialidad, prevalencia del derecho sustancial, igualdad, legalidad y prioridad de la norma constitucional, igualdad, procedimiento debido y la prohibición de autoincriminación, entre otros" (Ramírez Carvajal, 2010, pp. 24 y 25)

Desde la doctrina, especialmente como lo sostiene Ramírez Carvajal, la tutela judicial efectiva y el debido proceso constituyen la columna cardinal del derecho procesal contemporáneo permitiendo sostener que el derecho procesal supera, no abandona, su función instrumental, para elevarse a esferas más altas en el componente del sistema de garantías constitucionales. (Ramírez Carvajal, 2010, p. 24)

Entonces existiendo y teniendo vida propia la tutela efectiva, no se justifica crear el llamado proceso urgente, cuando es bien sabido que las medidas autosatisfactivas tienen como presupuesto que una necesidad urgente lo justifique, lo cual caracterizan que sea dictada ex parte.

Antes de exponer casos humanos y judicializados que sirven para demostrar que la medida autosatisfactiva tiene lugar en Colombia y Venezuela, se hace necesario destacar desde ya, que se concreta a un requerimiento urgente, -formulado con fundamento en la tutela efectiva de la cual se compone entre otros la prevalencia del derecho sustancial- al órgano jurisdiccional, por los justiciables, para que sea concluida inaudita altera pars con su prosperidad, sin que penda de la iniciación de una ulterior acción procesal, sin que constituya ninguna medida cautelar o procedimiento subordinado a una temporalidad, es decir, es la humanización del derecho con resultados eficaces y oportunos para lograr la prosperidad de la pretensión sin pensarse siquiera en el proceso judicial.

Por ello no estamos de acuerdo con el ilustre procesalista Peyrano quien entiende en la medida autosatisfactiva una especie del género de los procesos urgentes, porque la misma tiene lugar y encuadra en la tutela efectiva, comprendiendo en ella la prevalencia del derecho sustancial y el plazo razonable.

Como se dijo y lo sostienen Jorge Peyrano y Mabel de los Santos, las medidas autosatisfactivas no constituyen una medida cautelar.

Esta institución choca culturalmente con los amantes del formalismo o judicialistas que todo lo judicializan mediante el proceso y las medidas cautelares, donde el justiciable debe soportar todos los obstáculos y tiempos injustificados, por lo general cuando la sentencia queda en firme la persona ya está en la eternidad, pues en el caso Colombiano la vida útil del abogado son dos procesos ordinarios.

Por eso, frente a todos los incrédulos y que aún pueden pensar que no es posible, presento a continuación casos en los cuales el proceso tradicional se cambia por la tutela efectiva, en la modalidad de medidas autosatisfactivas.

En efecto, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, el señor Moisés Grimaldo Arteaga, acudió ante el Tribunal Administrativo Cundinamarca, con el fin de solicitar la protección del derecho al debido proceso administrativo, en conexidad con la vida en condiciones dignas y justas, la seguridad social, el mínimo vital, el trabajo, la salud y la igualdad, presuntamente vulnerados por la Fiscalía General del Nación, solicitando suspender los efectos de la Resolución 301 del 15 de febrero de 2010, por medio de la cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad como fiscal delegado ante los jueces especializados de la Unidad Nacional de la Fiscalía Delegada contra el Terrorismo, mientras se decide en la jurisdicción de lo contencioso administrativo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

El amparo mencionado, mediante sentencia del 15 de abril de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, lo declaró improcedente por las razones que a continuación se sintetizan : **El** accionante finalmente pretende el reintegro a la Fiscalía General de la Nación, pero que dicha pretensión no es susceptible de ser analizada a través de la acción de tutela, en tanto para tal efecto debe ejercer oportunamente el respectivo medio judicial de defensa contra el acto administrativo que lo retiró del servicio. Por otra parte, añade que en el proceso ordinario para controvertir el referido acto, puede hacer uso de la medida cautelar prevista en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que constituye el mecanismo idóneo para obtener de manera ágil su pretensión, siempre y cuando sea evidente la vulneración que alega.

Para fortuna de la tutela efectiva, el debido proceso, la doble instancia, la sentencia fue revocada y en su lugar se dispuso: "ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante todas las gestiones pertinentes para que reintegre al petente sin solución de continuidad, en la mismas condiciones en las que se encontraba a la fecha en que se produjo el retiro del servicio, y con el pago retroactivo de todos sus salarios, prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social desde la fecha en que se terminó su nombramiento hasta que se haga efectivo el reintegro, al cargo que venía desempeñando en la ciudad de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. (Consejo de Estado, sentencia. 2010-00469 de julio 19 de 2010.)

Un segundo caso, tiene que ver con un asunto de naturaleza laboral, reiterando que los formalistas alegarían que será al interior del proceso ordinario donde deberá debatirse todo lo relativo a la viabilidad del reintegro del señor Ricardo Santana Beltrán, quien mediante amparo Constitucional, afirmó: que inició labores en la Ciudadela Comercial Galerías el 1^o de febrero de 2006 mediante un contrato a término fijo por un año siendo renovado sucesivamente hasta el 31 de enero de 2010; que dentro de sus labores debía atender los servicios generales de la ciudadela tales como: barrido, trapeado, brillado , recolección de basuras, limpieza de vidrios y recolección de residuos de comidas; agregó que dentro de las funciones asignadas se encontraba una particularmente referida a la recolección de desechos de las comidas, su empaque en bolsas tipo "jumbo" industrial y su posterior traslado a canecas de 55 galones; que el esfuerzo físico de trasladar las pesadas canecas de 55 galones deterioró su estado de salud, toda vez que el 23 de noviembre de 2009 fue diagnosticado de unas lesiones en las vértebras T-12 y L1, así como una afección en las manos denominada metacarpo falángica y radio carpiana; que el 22 de diciembre de 2009, por conducto de la administradora de la Ciudadela Comercial Galerías, se le informó que su contrato laboral se daba por terminado el 31 de enero de 2010 y no sería prorrogado; que en virtud del tratamiento médico que se encontraba recibiendo le asignaron cita médica para el 2 de febrero de 2010 para la práctica de unos exámenes denominados "electro miografía de cada extremidad y neuroconducción por cada extremidad", los cuales no fueron realizados ya que fue retirado del sistema de salud. Así como también se encontraba pendiente una valoración médica especializada para el 19 de febrero de 2010.

El Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral confirmó la sentencia de primera instancia. En primer lugar consideró que la tutela no es la vía judicial para lograr el reconocimiento de los derechos laborales y en segundo lugar no observó la ocurrencia de un perjuicio irremediable que requiriera de medidas urgentes y actuales para evitar la vulneración. Esta Corporación de segunda instancia concluyó, "Por consiguiente, acertó la juez de primera instancia al denegar el amparo solicitado, al no ser evidente la vulneración de derechos fundamentales, reiterando que será al interior del proceso ordinario donde deberá debatirse todo lo relativo a la viabilidad del reintegro, por las causas que expresa el accionante, siendo el Juez laboral el que cuenta con plena competencia para recaudar las pruebas, analizar y resolver acerca del mentado reintegro,

pago de salarios y demás prestaciones sociales, si se verifican los supuestos fácticos relatados por el petente."

Para fortuna del justiciable Sr Ricardo Santana Beltrán el formalismo predicado por los órganos mencionados anteriormente es superado por el Estado Social de Derecho a través de la Corte Constitucional de Colombia que dispone:

- a) *ordenar a la Ciudadela Comercial Galerías, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reintegrar al señor Ricardo Santana Beltrán al cargo que venía desempeñando, o a uno de superior jerarquía, siempre y cuando sea compatible con su estado de salud, que será valorado por los médicos de salud ocupacional, entendiéndose para todos los efectos sin solución de continuidad.*
- b) *Ordenar a la Ciudadela Comercial Galerías, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor Ricardo Santana Beltrán, con ocasión del despido efectuado y la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997 (art. 26), equivalente ciento ochenta (180) días de salario.*
- c) *Ordeno a la Ciudadela Comercial Galerías, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante el trámite administrativo correspondiente, con el fin de efectuar el pago de todos los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral, desde el momento de la finalización del contrato de trabajo, sin que sea entendida esta orden, como la realización de una nueva afiliación del accionante a/Sistema.*
- d) *Advertir a la Ciudadela Comercial Galerías, que una vez reintegrado el accionante al cargo, no podrá emprender medidas represivas o que afecten la dignidad humana, y deberá reubicarlo tantas veces como sea necesario. Adicionalmente, en el futuro deberá abstenerse de incurrir en las acciones que dieron mérito para conceder esta acción de tutela.*
- e) *Ordenar a la Nueva Empresa Promotora de Salud - Nueva EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, continuar con la práctica de los exámenes especializados, tratamientos y citas médicas requeridas por el señor Ricardo Santana Beltrán.*
- f) *Remitir copia auténtica de esta sentencia al Ministerio de la Protección Social, Dirección Territorial de Cundinamarca - Bogotá, para que adelante una investigación administrativo-laboral por violación de las normas laborales y de salud ocupacional contra la Ciudadela Comercial Galerías. (Sentencia T-860 de octubre 29 de 2010 Dr. Humberto Antonio Sierra Porto)*

Las medidas autosatisfactivas no solo tienen lugar en materia laboral, pues no faltan quienes justifican que esta rama sí procede, pero en otras materias no. Precisamente en materia de salud a continuación presento el caso de la señora Cuide!! Yazmín López Bernal, quien mediante vía de tutela expuso: Que se afilió a la EPS Susalud, en el régimen contributivo, desde marzo de 2006; que los médicos tratantes de diferentes áreas de la salud coincidieron en diagnosticarle obesidad mórbida; que el médico internista Pedro Polo Acosta de la EPS Susalud le dictaminó ser candidata a cirugía bariátrica, por padecer obesidad mórbida con un índice de masa corporal de 49 cm, hipotiroidismo controlado y apnea del sueño; que pese a haber hecho dietas y ejercicio

no bajó de peso, por eso la médica endocrinóloga Dinett Movilla de la EPS Susalud, también le prescribió obesidad mórbida; que asistió a consulta con el médico cirujano Álvaro Rojas Esmeral, quien está de acuerdo con los diagnósticos precedentes y de igual forma le formuló la cirugía bariátrica, pues el peso ideal para su talla es de 65 kilos y ostenta un sobrepeso de 68 kilos; que por su enfermedad solicitó mediante un derecho de petición a la EPS Susalud, la práctica del procedimiento bypass gástrico junto con la cobertura integral del tratamiento. No obstante, el 10 de marzo de 2008 le respondió que no era posible autorizarle los servicios médicos ya que dicho procedimiento no está incluido en el plan obligatorio de salud; que la negación de la cirugía pone su vida en un riesgo inminente, porque cada día presenta más complicaciones en su salud, las cuales alteran la locomoción y otros órganos de su sistema; que no tiene los ingresos económicos necesarios para cubrir los costos de la cirugía y el tratamiento posterior que se requiera.

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla mediante providencia del catorce (14) de abril de 2008, negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, seguridad social en salud, por considerar no cumplidos los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para la inaplicación del POS. Agrega que la cirugía bariátrica no está en plan obligatorio de salud por ser un tratamiento de tipo estético, cuya finalidad es obtener belleza, más no remediar una afección física o mental del organismo, por tanto encaja dentro de las exclusiones y limitaciones referentes a las cirugías estéticas que consagra la Resolución 5261 de 1994.

Considera que de acuerdo al informe dado por Datacrédito, la señora López Bernal cuenta con los ingresos económicos para adquirir un crédito en el sistema financiero con un banco de Barranquilla que financie la cirugía.

Para fortuna de la Justicia y la tutela efectiva, la Corte Constitucional de Colombia, dispuso:

1. *REVOCAR el fallo del Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla que mediante providencia del catorce (14) de abril de 2008 negó la acción de tutela. En su lugar se resuelve tutelar el derecho fundamental a la salud de Cuide// Yazmín López Berna/ por las razones expuestas en esta sentencia.*
2. *ORDENAR, a la EPS Susalud que previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le fue prescrita a la accionante, se someta, en un plazo no superior a cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación, a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas y si este concluye que la cirugía bariátrica es el tratamiento indicado para la obesidad mórbida, se autorice y practique.*

Además, deberá el mismo grupo de médicos suministrar a Cuide/ Yazmín López Berna/ la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que pueda generar en su organismo la cirugía bariátrica que se le dictaminó, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo.

Una vez obtenido el consentimiento informado de la demandante, la entidad promotora de salud dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes autorizará y gestionará la práctica del procedimiento, el cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento de dicho término, de conformidad con las prescripciones e indicaciones del médico tratante.

3. *La EPS Susa/ud deberá garantizar una atención integral en salud que comprende, entre otros aspectos; consultas médicas, exámenes, procedimientos quirúrgicos, suministro de*

medicamentos, hospitalización, evaluaciones previas y posteriores a la realización de la cirugía de bypass gástrico. Estas prescripciones deben corresponder al tratamiento y provenir de los médicos adscritos a la entidad accionada. (Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente MONROY CABRA, MARCO GERARDO, Sentencia T-1201 del 4 de diciembre de 2008)

Por último, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T- 025 de 2004, dicha Corporación con ponencia del Honorable Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, el día diez (10) de diciembre de dos mil diez (2010) en auto 005 de 2009, ordenó medidas de protección a los derechos fundamentales de la población afro descendiente víctima del desplazamiento forzado. En ésta providencia, la Corte resaltó el carácter de sujetos de especial protección constitucional de la población afro descendiente, y en virtud de la cláusula de igualdad del artículo 13 constitucional, reiteró que los afro descendientes son uno de los grupos poblacionales más frágiles y excluidos dentro de los grupos vulnerables, por lo cual son merecedores de protección constitucional reforzada en los términos de los artículos 7, 63, 68 y 72 de la Constitución Política.

Entre otras medidas, dispuso las siguientes:

- 1) *Adelantar todas las acciones administrativas y presupuesta/es necesarias para garantizar el avance y finalización del proceso de caracterización y censo de las comunidades de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó amparadas por el título colectivo, dentro del plazo fijado por la Corte(...)*
- 2) *El diseño e implementación de una metodología para la realización del censo y proceso de caracterización referido en el numeral anterior, que garantice la transparencia del proceso y prevenga la utilización de medios fraudulentos que puedan distorsionar la información sobre estas comunidades.*
- 3) *La Suspensión inmediately el proceso de restitución administrativa y entrega física de los territorios colectivos de las cuencas de los ríos Curvaradó, hasta tanto haya finalizado el proceso de censo y caracterización a que hace referencia el literal a) y se haya realizado la Asamblea General para la elección del Consejo Comunitario Mayor mencionado en los ordinales anteriores, de tal manera que se clarifique la legitimidad y representatividad de sus autoridades colectivas."*
- 4) *La presentación a /a Corte Constitucional, (...) de un informe de avance sobre los resultados alcanzados hasta el momento en la implementación del plan de caracterización del territorio de las comunidades afro descendientes de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó y del plan integral de prevención, protección y atención a /a población desplaza"*
- 5) *El Diseño y un funcionamiento de un plan específico de prevención y de protección colectiva e individual de la población y comunidades afro descendientes de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó, en donde se tenga en cuenta la evolución y agravamiento reciente de la situación de orden público y de vulnerabilidad de dichas comunidades, y que de manera permanente incluya medidas concretas para la prevención del desplazamiento y para garantizar la seguridad y la protección colectiva e individual de los derechos a /a vida, la integridad personal, la libertad de locomoción y residencia y demás derechos fundamentales de los miembros las comunidades afro descendientes de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó. Este plan específico*

deberá incluir medidas colectivas de protección para reducir los factores de riesgo señalados en los informes de la Defensoría del Pueblo y en la declaratoria de la alerta temprana, y tener en cuenta las preocupaciones y solicitudes en materia de seguridad presentadas por la comunidad a través de sus autoridades colectivas, así como de las organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales y de los organismos de control que han acompañado el proceso de restitución de sus territorios colectivos."

- 6) *La construcción y determinación de un procedimiento de resolución pacífica de conflictos dentro de las comunidades de la región, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley 70 de 1993 y el numeral 12 del artículo 11 del Decreto 1745 de 1995 que la reglamenta, con el fin de implementar/o a futuro en la resolución de conflictos al interior de estas comunidades."*
- 7) *La realización de una veeduría permanente en aras de garantizar los derechos fundamentales individuales y colectivos de la población afro descendiente, indígena y mestiza de esta región,*
- 8) *Adelantar una auditoría fiscal especial a la ejecución de recursos públicos para la implementación de políticas públicas en materia de desplazamiento forzado para las comunidades afro descendientes de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó, y en la presente providencia judicial, especialmente en lo que se refiere a los procesos de restitución, devolución y adjudicación de territorios colectivos y ancestrales, así como respecto de la implementación de proyectos productivos que se desarrollen en el marco de la estabilización socioeconómica de la población desplazada en esa región."*
- 9) *INVITAR a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que en el marco de sus competencias judiciales y de seguimiento a las decisiones adoptadas por ese organismo internacional en las Resoluciones del 6 de marzo de 2003, 7 de noviembre de 2004, 15 de marzo de 2005, 7 de febrero de 2006, y en la Resolución del 5 de febrero del 2008 sobre "medidas provisionales respecto de la República de Colombia. Asunto comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó", en donde se adoptaron medidas provisionales de protección a las comunidades afro descendientes de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó, conforme una comisión judicial de verificación respecto del cumplimiento de las órdenes impartidas por ese organismo judicial, así como respecto de la situación actual de vulnerabilidad y riesgo de la población y comunidades afro descendientes de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó."*
- 10) *INVITAR a la comunidad internacional, en particular a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al CICR, a las Brigadas Internacionales de Paz BIP, al ACNUR y otras agencias del Sistema de Naciones Unidas, así como a la Unión Europea y a las embajadas de países amigos que han hecho seguimiento a la situación de las comunidades de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó, que en el marco de sus mandatos, y dada la complejidad y gravedad de la actual situación de vulnerabilidad y desprotección de las comunidades afro descendientes de Jiguamiandó y Curvaradó, conformen una comisión especial de acompañamiento a estas comunidades y de veeduría internacional en el proceso de restitución de sus territorios colectivos y de protección de sus derechos." (Corte Constitucional, magistrado ponente, Doctor LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, auto 005 de 2009 del diez (10) de diciembre de mil diez (2010)).*

Con los casos expuestos se puede demostrar que no se hace necesario ninguna legislación para regular las medidas autosatisfactivas ya que en un estado Social de Derecho y de Justicia en

primer término, la constitución es normativa y establece la tutela efectiva en pro de satisfacer a los justiciables sus pretensiones fundadas.

DIFERENCIA ENTRE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS Y MEDIDAS CAUTELARES:

En primer término recorro a la Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares sobre las distintas expresiones: "Artículo 1º. 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."

La medida cautelar puede conceptuarse como aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurra entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

En la decisión sobre medidas cautelares se exige la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora concurren como presupuestos específicos de fundabilidad de la pretensión cautelar y, junto con la contracautela, conforman la tutela precautoria en nuestro régimen procesal. Respecto del primer recaudo es menester partir de la base de que la precautoria a dictarse debe significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener a través del proceso pierda su virtualidad o eficacia durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Fácilmente se puede diferenciar las medidas autosatisfactivas de las cautelares en el sentido de que las primeras no son instrumentales, accesorias, temporales, provisionales, son despachadas favorablemente sin estar sometidas a ulterior proceso o procedimiento y tienen de común la fuerte probabilidad de atendibilidad del derecho sustancial reclamado por la verosimilitud del derecho y la irreperabilidad del perjuicio irremediable con el peligro de pérdida o frustración del derecho.

Precisamente sobre la diferencia entre las medidas autosatisfactivas y cautelares a nivel jurisprudencia! en Venezuela en el seno del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el magistrado Pedro Rafael Rondón, al salvar su voto, en la sentencia de la cual se disiente revocó la decisión que dictó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de 18 de julio de 2002, mediante la cual se había declarado con lugar la demanda de amparo que se intentó contra la actuación de funcionarios del Servicio Autónomo de Sanidad Agropecuaria (SASA) con adscripción al Ministerio de Agricultura y Tierras, los cuales ordenaron el retiro de exhibición y venta, de varios productos plaguicidas que previamente habían sido autorizados. En consecuencia, la Sala declaró la improcedencia de la demanda, en lo que interesa al tema de la diferencia entre las medidas autosatisfactivas y preventivas, dijo:..

En concreto, de las consideraciones de las páginas 12 y 13 de la sentencia, en las cuales se lee que "cuando la Administración ejerce potestades de inspección y vigilancia, está en el deber de dictar las medidas necesarias para prevenir una falta o un ilícito administrativo que puedan afectar a la colectividad, sin que la misma requiera para su adopción la apertura de un procedimiento, pues ello le restaría la eficacia a la medida por la urgencia que demanda su imposición".

Para quien discrepa, la Administración Pública ciertamente ostenta la potestad de dictar medidas preventivas o cautelares y, en consecuencia, provisionales, para la presunción de infracciones administrativas que puedan tener consecuencias frente a la colectividad, potestad cautelar que, cabe destacar, es accesoria a las de policía administrativa, y, además, ha de ejercer en los términos y bajo los parámetros en que así lo establezca una norma legal.

Tales medidas preventivas sí pueden dictarse, antes o durante el inicio del procedimiento administrativo respectivo, pero en modo alguno podría la Administración dictarlas de manera autónoma y definitiva y, por tanto, con carácter sancionatorio, no cautelar, sin procedimiento alguno, que es lo que sucedió en el caso de autos, supuesto en el cual sí existe una violación del derecho a la defensa y debido proceso.

En este sentido, cabe la observación de que, en materia procesal, la norma jurídica puede acoger la existencia de ciertas "medidas autónomas" o "autosatisfactivas" que son aquellas que, de manera breve, urgente y a través de un procedimiento de cognición o contradictorio limitado, acuerdan una determinada pretensión para evitar un daño irreparable o de difícil reparación a una de las partes. Más que medidas cautelares, se ha entendido que se trata de verdaderos procesos, aunque breves, sumarios y urgentes, pues no cumplen con los requisitos de dependencia e instrumentalidad propios de toda medida cautelar.

*Distinto es el caso de las medidas cautelares anticipadas, que son aquellas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible esperar hasta el comienzo del procedimiento sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción (vid. CAIAMANDREI, PIERO, *Providencias Cautelares*, Buenos Aires, 1984, pp. 53 y ss.). No obstante, siguen siendo accesorias e instrumentales respecto de ese procedimiento que ha de iniciarse con posterioridad, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese trámite principal. Además, la ausencia del inicio oportuno de dicho procedimiento o la posterior ratificación de la medida en el curso del mismo, según sea lo que disponga el ordenamiento jurídico, implicará el decaimiento de la medida pues, se insiste, debe ser aneja y dependiente del mismo, aunque se acuerde de manera anticipada. De allí que, puede concluirse, no hay medidas plenamente autónomas en vía administrativa, menos aún si son de gravamen -como sucede en el caso de autos-, pues se trataría de una limitación desproporcionada e indefinida en el tiempo.*

Por tanto, este voto salvante considera que la Sala debió ratificar y no revocar la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pues bien se declaró con lugar el amparo en tanto se comprobó que la Administración dictó una medida ablatoria sin previo procedimiento y sin que ésta dependiera de un trámite administrativo posterior, esto es, se dictó una medida autónoma y ablatoria que, en consecuencia, constituyó una decisión de carácter sancionador que violó el derecho a la defensa y debido proceso.

Así mismo, quien suscribe como disidente sostiene que, en la decisión que antecede, se debió aclarar en qué términos pueden dictarse medidas administrativas de naturaleza cautelar -inaudita parte y dependientes siempre de un procedimiento administrativo principal- y establecer la diferencia entre éstas y los actos definitivos de naturaleza sancionatoria, que siempre deben ser consecuencia de un previo procedimiento, máxime

si se tiene en cuenta que las potestades de policía y vigilancia son, por su naturaleza, potestades eminentemente ablatorias. (Salvamento de voto, sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 19 días del mes de mayo de dos mil cuatro. Años: 194° de la Independencia y 145° de la Federación

La misma Corporación dijo: De igual forma cabe observar, sentencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, N° 4223 del 9 de diciembre de 2005, expediente N° 2000-0853, caso: BIOTECH LABORATORIOS C.A., y otros, que dispuso lo siguiente: "...En este sentido, se observa que, en materia procedimental, la norma jurídica puede establecer la existencia de ciertas "medidas autónomas" o "autosatisfactivas", que son aquellas que, de manera breve, urgente y a través de un procedimiento de cognición o contradictorio limitado, acuerdan una determinada pretensión para evitar un daño irreparable o de difícil reparación a una de las partes. Más que medidas cautelares, se ha entendido que se trata de verdaderos procesos, aunque breves, sumarios y urgentes, pues no cumplen con los requisitos de dependencia e instrumentalidad propios de toda medida cautelar.

Distinto es el caso de las medidas cautelares anticipadas, que son aquellas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible la espera hasta el comienzo del procedimiento, sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción (Vid. Calamandrei, Piero, Providencias Cautelares, Buenos Aires, 1984, pp. 53 y ss.). No obstante, siguen siendo accesorias e instrumentales en relación con ese procedimiento que ha de iniciarse con posterioridad, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese procedimiento principal. Además, la ausencia del inicio oportuno de dicho procedimiento o de la posterior ratificación de la medida en el curso del mismo, según disponga el ordenamiento jurídico de que se trate, implicará el decaimiento de la medida, pues, se insiste, debe ser aneja y dependiente del mismo, aunque se acuerde de manera adelantada. En el ámbito del procedimiento administrativo son éstas, las medidas anticipadas, las que pueden ser expedidas, de lo que se concluye que no hay medidas plenamente autónomas en vía administrativa, menos aún si son de gravamen, pues se trataría de una limitación indefinida en el tiempo, lo cual la haría inconstitucional." (Tribunal Supremo de Justicia, N° 4223 del 9 de diciembre de 2005, expediente N° 2000-0853)

Considero de obligatoria transcripción la Jurisprudencia Argentina siguiente, máxime cuando en su contenido se desarrolla el pensamiento de dicha escuela en representación de los maestros procesalista Roland Araz, Augusto Mario Morello, y Jorge W. Peyrano, al desatar la acción de amparo interpuesta por la Sra. Roxana Sonia Recouso, en representación de su abuela materna Sra. Corina Luca, y con el patrocinio letrado del Dr. Manuel Ferra, causa registrada bajo el número 3/53.652 de este Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición Nro 1, Secretaría Nro5.

"Las circunstancias fácticas y jurídicas relevantes reseñadas imponen en el caso sometido a decisión aunar esfuerzos para orientar toda decisión a un garantismo funcional teleológico, "que facilite y no malogre el acceso a la justicia" superador de un garantismo formal "muchas veces interpretado a favor del exceso ritual" (conf. Augusto Mario Morello, Rasgos definitorios del moderno modelo de justicia. La importancia de la persona y sus garantías, en E.O., Bs.As., 8-4-99. Del mismo reconocido jurista: Justicia continua y efectiva, en Estudios de Derecho Procesal, t.11, Cap. 45, Platence, La Plata, 1998).

VII. Finalmente, al momento de arribar en estos autos a una decisión jurisdiccional adecuada, teniendo en consideración que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, más aún el de la propia vida, no necesita justificación alguna, sino por el contrario, la restricción que se haga de los mismos, debe ser justificada, y teniendo en cuenta así también la naturaleza de la acción articulada, y doctrina procesal moderna y jurisprudencia concordante, acerca del instituto de "Medidas Autosatisfactivas", cabe meritar las siguientes circunstancias jurídicamente relevantes.

- A) *Que si bien es cierto que el amparista, persona vulnerable en atención a la enfermedad que padece, recurrió a la acción de amparo a fin de obtener protección de sus derechos de raigambre constitucional, inherentes a su dignidad como persona humana, cabe encuadrar, procesalmente, la petición formulada, cuyo eventual otorgamiento por la vía judicial agota la prestación médica en este momento necesaria, para su salud, en la figura de la llamada "medida autosatisfactiva". Ello por aplicación del clásico principio iura novit curia.*
- B) *Que el XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal (Corrientes, 1997) declaró que "Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándose así cabida legal a los procedimientos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee las características que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible, quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial. Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva puede fundarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas "(Para mayor información puede verse: J.A., número especial Medida autosatisfactiva, Nro 6100, 29-7-98. Coordinador: Jorge W Peyrano)".*
- C) *Encuanto a los recaudos formales y sustanciales para la procedencia de este instituto bajo consideración, cabe remitirse a la calificada jurisprudencia, reseñada por Marce/a García Sofá, en el artículo Medidas autosatisfactivas, ob. cit., p. 78), siendo ta/es requisitos relevantes los siguientes: a) la "fuerte probabilidad", como grado de convicción exigido en el derecho del postulante; b) el peligro de su frustración actual o inminente, y c) la cesación de las conductas o vías de hecho que encarnan ta/ peligro, como interés exclusivo y urgente del postulante".*
- O) *Que en la misma acción de amparo, el juez puede inaudita altera pars disponer medidas innovativas frente a situaciones de hecho de carácter irreversible en tiempos reales, acudiéndose en innumerables por esta acción para obtener medidas autosatisfactivas, como una vía más de hacerlas viables, ante la carencia de una regulación legal específica (en tal sentido, ver: Carlos A. Carbone, en Las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias como proyección de un nuevo principio general del derecho de raíz procesal, en J.A. 1999, t. Jv, p.861). Y todo ello, conforme jurisprudencia sentada por la Cámara Primera de Apelaciones del Opto. Judicial de San Isidro, sala I, 1-8-2000, "Unidad de Coordinación del Proyecto Río*

Reconquista s/Sumarísimo" (E.O., Bs.As., 15-3-2001, con nota aprobatoria de Jorge W Peyrano, Un segundo hito jurisprudencia/ de bienvenida a la medida autosatisfactiva), siempre valorando y ponderando el juzgador todas las circunstancias del caso, entre ellas "el daño que se puede ocasionar al afectado por la medida y su posible reparación", ante todos los valores en conflicto.

- E) *Que a su vez, si bien se puede alegar en contra de las medidas urgentes el argumento de poner en riesgo la seguridad jurídica, resulta ser principio rector que, como con muy buen criterio señala el prestigioso procesalista Roland Arazi (Derecho Procesal Civil y Comercial, t. II, Rubinzal-Culzoni, 1999, p.173) "... pueden existir valores de jerarquía superior a la misma seguridad. El principal problema del jurista actual es determinar entre diferentes valores, todos respetables, cuáles deben prevalecer", para lo cual -añado- es menester, en cada caso efectuar una prudente ponderación, sopesando los distintos valores y derechos en cuestión, y priorizando aquellos que en la situación concreta merecen una mayor protección jurisdiccional.*
- F) *Más aún, y en relación al caso aquí traído a decisión judicial, cabe destacar la jurisprudencia sentada por parte del Tribunal de Familia de Lomas de Zamora (decisorio de fecha 21-5-99, "S., MI.", en J.A. Nro 6197, 7-6-2000, ps. 82-84 con nota aprobatoria de Carlos A. Chersi, bajo el título Derecho civil constitucional a la salud. Medidas autosatisfactivas), en el sentido que ante una madre que solicitaba la cobertura social del servicio médico asistencial de su hijo oxígeno-dependiente, el tribunal con muy buen criterio aplica el procedimiento previsto para las medidas cautelares genéricas previstas en el art. 232 del CPCC t.o. de la Provincia de Buenos Aires (aplicable en estos autos en virtud de lo normado por el art. 20 de la ley de amparo), adaptado a las exigencias de sencillez y urgencia de las medidas autosatisfactivas, quien -en una postura con la que coincido plenamente- sostiene que las medidas autosatisfactivas comparten con las medidas cautelares "su carácter urgente, su ejecutabilidad inmediata y la circunstancia de que, en determinados casos -como el de autos-sea despachable inaudita parte", evitando por demoras indebidas la consecuencia de un daño irreparable a bienes esencialísimos, como lo son la salud y la vida. Así mismo y de manera concordante, entre otros, puede verse sentencia del Juzgado Nacional Civil, Nro 67, del 8-9-99, "R. D. J. S. c. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica", con nota aprobatoria de Carlos A. Chersi, titulada El derecho constitucional a la salud y el P.M.O: las medidas autosatisfactivas, publicada en J.A. Nro 6247, 23-5-2001, pp. 64-65).*

V III. Que la medida autosatisfactiva aquí planteada, responde a la imperiosa necesidad de brindar una tutela integral, eficaz y oportuna al derecho a la atención sanitaria, frente a un cuadro en el cual la demora en la sustanciación del proceso podría tornar ilusorio el derecho material. Es de recordar, como bien señalan Morello-Vallefin, que la totalidad de las instituciones procesales "tiene un destino y finalidad prevalecientemente instrumental, funcional. Están al servicio del Derecho material, es decir, de su satisfacción en concreto...", más aún -podemos ahora añadir con los mismos autores- que "la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene razón" (en El amparo, Régimen procesal, Platense, 1998, 3ra ed., p.173). Así mismo véase lo normado por el art.22 de la ley 7166 t.o. decreto 1067 /95, y art.19 de dicha normativa en relación con los artículos 232 y concordantes del CPCN t.o". OCCorr. de Trans. Nro 1 de Mar del Plata, causa 3/53.652 Mar del Plata. IO de abril de 2002).

Luego de todas las citas anteriores que logran establecer verdaderamente la diferencia entre las medidas autosatisfactivas y cautelares se llega a la única conclusión que ambas hacen parte de la tutela efectiva que es en últimas la que reclama el justiciable, pero ambas tiene de común que se deciden "prima facie"

En el presente trabajo se puede afirmar que el juicio que se realiza en el tema de las medidas cautelares y autosatisfactivas es prima facie, que en buen romance significa que son los juicios que el Juez está obligado a hacer de forma rápida, con los primeros datos que obtenga, es decir, la apreciación de esa "probabilidad" o "verosimilitud", efectivamente, también es "prima facie", dado que por la urgencia no puede ser de otro modo.

De manera que al hablar de medidas cautelares y tomar como fundamento el juicio prima facie se debe tener presente la naturaleza y esencia del fumus boni iuris, para comprender si se trata de probabilidad o verosimilitud.

JORGE CARRERAS LLANSANA, FERNANDIZ PRIETO-CASTRO, MANUEL SERRA DOMINCUEZ, VICENTE PEREZ DAUDI, citados por el brillante y reconocido procesalista de Iberoamérica JORDI NIEVA FENOLL, sobre el fumus en la medida cautelar dice: "..., **aunque existen muchos artículos y monografías sobre medidas cautelares, se suelen dar simplemente ideas de aquello que puede alegarse como fumus boni iuris, normalmente un documento en el proceso civil. Pero salvo alguna excepción, no se profundiza demasiado en la naturaleza y esencia del juicio sobre dicho fumus boni iuris, que sería lo que realmente constituye el objeto de nuestro estudio. Sin extenderme ahora en esta cuestión, que trataré después, CARRERAS LLANSANA nos habla en este sentido de algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza, añadiendo que debe existir una «fuerte presunción» de que la demanda es ajustada a Derecho. En otro trabajo nos dice que con el principio de prueba «como sustitutivo de la certeza, se toma simplemente la apariencia», construyendo con ello una verdad provisional que no prejuzga el fondo del asunto. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ indicó que con la «prueba semiplena» solamente se «trata de producir cierta certidumbre o probabilidad (...) sin efectos excluyentes de otra prueba». Serra Domínguez, situando la cuestión también en el campo probabilístico, denuncia la imposibilidad de distinguir entre el juicio provisional y el juicio definitivo de un juez, porque renuncia a establecer grados de probabilidad en el juicio, teniendo en cuenta que la certeza absoluta difícilmente aparece en un proceso. Y por ello, establece que basta con la mera apariencia del derecho para conceder la medida cautelar. PÉREZ DAUDÍ, por su parte, utilizando la distinción de DE MARINI entre juicios históricos, lógicos y de valor, nos expresa que entre el enjuiciamiento provisional sobre el fumus en una medida cautelar, y el enjuiciamiento definitivo de la sentencia, no se modifican los juicios lógicos, sucediendo que los históricos serán incompletos por la urgencia en la decisión judicial, y los de valor deberán ser necesariamente distintos, porque el juez no puede valorar del mismo modo la situación si se enfrenta a un enjuiciamiento sobre el que podrá volver si cambian las circunstancias, que a uno definitivo que, salvo casos absolutamente excepcionales, no podrá revisar".(Nieva Fenoll: 2007. Pp 14, 15)**

Resulta de interés tener presente que existen dos tendencias sobre el juicio prima facie, la una que lo fundamenta en la probabilidad y la otra en la verosimilitud.

MICHELE TARUFFO resuelve el tema así: "Que se trata de conceptos distintos y que la verosimilitud de una aserción no puede ser reconducida a su probabilidad (o a su verdad aproximada) parece en efecto, bastante claro en el plano epistemológico y no hay razón para

emplear igual claridad cuando el mismo problema se plantea en el ámbito de algún fenómeno procesal" (Taruffo, 2005, p.185)

Regresando al estudio realizado con profundidad sobre el tema de la prima facie en las medidas cautelares por el jurista Jordi Nieva Fenoll, nos dice : "Sea como fuere, al decir de Taruffo un hecho sería "probable" cuando puedan existir elementos para probarlo, al margen de su credibilidad. Sin embargo, la verosimilitud prescindiría de la prueba y se acomodaría a las máximas de la experiencia. De este modo, un hecho verosímil sería aquel que, a pesar de la ausencia de prueba, podría considerarse que ha sucedido ateniéndonos al id quod plerumque accidit". (Nieva Fenoll, 2007, p. 40)

De manera brillante, sencilla y contundente las distintas doctrinas que existen sobre el tema de la probabilidad y verosimilitud las sintetiza el tratadista Jordi Nieva así:

"Entre los autores españoles existen dos tendencias fundamenta/es. La primera sitúa el juicio prima facie sobre el fumus boni iuris en una cuestión de probabilidad fundamentalmente. CARRERAS LLANSANA lo describió como algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza, exigiendo la existencia de una «fuerte presunción» de que la demanda es ajustada a Derecho. MONTERO AROCA se refiere a un término medio entre la certeza y la incertidumbre, que sitúa en la verosimilitud. Ortells Ramos exige «que se demuestre la probabilidad del derecho». CORTÉS DOMÍNCUEZ "" requiere un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión del solicitante de la medida. CALDERÓN CUADRADO nos habla de la verosímil existencia del derecho en el fumus. En comparación con la certeza que se pretendería obtener en la sentencia DIEZ-PICAZO CIMÉNEZ alude a una acreditación indiciaria y a una «prueba semiplena que permita al tribunal un juicio de verosimilitud», que equipara con la probabilidad. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS también menciona la probabilidad, y destaca el problema del prejuicio que se provoca con el juicio sobre el fumus. También BARONA ViLAR427 refiere un «juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario».

La segunda orientación está representada por SERRA DOMÍNCUEZ, quien intenta separar la cuestión del ámbito de la probabilidad, pero no reconocer la existencia de una diferencia en este sentido entre el juicio provisional y el juicio definitivo de un proceso, declarando que basta la mera apariencia de que el derecho existe. Por esta línea, RAMOS MÉNDEZ renuncia también a hablar de probabilidad, centrando todo el enjuiciamiento en la apariencia del derecho del solicitante, es decir, en que «prima facie su petición aparece como tutelable con la medida cautelar».

BURGOS LADRÓN DE CUEVARA, por su parte, une ambas doctrinas, y habla tanto de «juicio de verosimilitud» como de «apariencia», equiparando realmente ambas expresiones.

Para terminar, PÉREZ DAUDÍ, profundizando más en la esencia del presupuesto, parte también de la distinción entre el juicio de la sentencia y el enjuiciamiento sobre el fumus, aunque destacando que este último contendría juicios históricos incompletos por la rapidez del enjuiciamiento, y juicios de valor destinitos a los de la sentencia por la provisionalidad de la decisión". (Nieva Feno/1: 2007. pp.198 y 199)

Termino el presente trabajo afirmando de manera segura que la característica fundamental de la medida cautelar es su instrumentalidad respecto a la tutela solicitada en el proceso principal, además que la concurrencia de "fumus boni iuris" se aprecia "prima facie" y que las reglas de la experiencia tienen aplicación obligatoria en las medidas autosatisfactivas y medidas cautelares.

BIBLIOGRAFIA

Libros

- ALI/UNIDROIT. (2004). Principios del proceso civil transnacional. Cambridge University Press.. Roma Italia, Washington D.C. E.E.U.U.
- **CARNELUTTI, Francesco.** (1942). Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano. Barcelona.
- **Di Iorio, Alfredo.** Prueba Anticipada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- **PETZOLD RODRÍGUEZ, María.** (2001). La sustitución de bienes en las medidas cautelares en el derecho venezolano. En Separata de la Revista de Derecho 2 Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.
- **PODETTI, Ramiro.** (1956). Derecho procesal civil, Comercial y Laboral. Tomo IV. Editores Ediar S.A. Buenos Aires.
- **LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio.** (2009). Instituciones de derecho procesal civil. Editores Dupre. 10ª edición. Bogotá.
- **MARTINEZ BOTOS, Raúl.** (1999). Medidas cautelares. 4ª edición. Editorial Universidad. Buenos Aires.
- **NIEVA FENOLL, Jordy.** (2007). Enjuiciamiento prima facie. Atelier. Barcelona.
- **RAMÍREZ CARVAJAL, Diana.** (2010). Derecho Procesal Contemporáneo. Sello editorial, Universidad de Medellín.
- **SLISARANSKY, Fabián Guillermo.** (2003). Las Tesinas de Belgrano. Universidad de Belgrano. Buenos Aires. En www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/9_3_slisaransky.pdf. Consultado el Abril 1 2011.
- **TARUFO Michelle.** (2005). La prueba de los hechos. Editorial Trota. Milano Italia. Páginas web.
- Convención interamericana de medidas cautelares:
www.oas.org/juridico/spanish/b-42.htm