

LA TUTELA SUMARIA CAUTELAR

Ernesto Jinesta Lobo

Miembro de la Comisión Redactara del Proyecto de Código Procesal Administrativo, Profesor de la Maestría de Derecho Público de la Universidad de Costa Rica.

Juez del Tribunal Contencioso Administrativo.

L- APOGEO DE LA TUTELA CAUTELAR.

Las causas determinantes del desarrollo de la tutela cautelar han sido, básicamente, las siguientes:

1.- El tiempo fisiológicamente necesario para el desarrollo de la función jurisdiccional o la imposibilidad de una justicia inmediata.

Sabido es que el proceso ordinario de cognición plena no se realiza instantáneamente, requiere de tiempo en virtud de su complejidad y ante la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del debido proceso y la defensa. El proceso es una concatenación de actos que se suceden en el tiempo, empero la prolongación del proceso paradójicamente tiene un fin de justicia. Le permite al órgano jurisdiccional ponderar debidamente los elementos de hecho y de derecho de

manera reposada y reflexiva.

En el proceso ordinario existe un lapso considerable («distantia temporis») entre la interposición de la demanda y el dictado de la sentencia de mérito. Durante ese lapso considerable, pueden verificarse que eventos que impiden la eficacia de la sentencia definitiva.

La pendencia del proceso le genera al justiciable una incertidumbre o peligro ante la frustración de su resultado. La necesidad de servir-se del proceso, merced a la prohibición de la autotutela privada, puede ser causa o concausa del daño para el accionante que probablemente tiene la razón.

Obviamente, el tiempo fisiológicamente necesario del proceso ordinario, no causaría daño si la sentencia de fondo pudiera ser dictada inmediatamente después de presentada la demanda.

238

La gran reforma procesal

Precisamente para evitar el periculum in mora derivado del tiempo necesario la doctrina y el legislador idearon el instituto procesal de las medidas cautelares. Esas medidas se substancian en un proceso rápido y sumario (justicia sumaria) que se adecúa a los ritmos vertiginosos y las exigencias socio-económicas urgentes de nuestros días.

2.- La lentitud patológica del proceso. Crisis de la justicia administrativa.

La tutela judicial efectiva debe ser razonablemente solícita, puesto de lo contrario, se incurre en una denegación de justicia.

La prolongada y enfermiza duración eleva los costos patrimoniales en que debe incurrir el justiciable. La tutela cautelar o justicia provisional cautelar se ha erigido en el único instrumento, ante el ritmo vertiginoso de las

exigencias socio-económicas que demandan respuestas jurisdiccionales rápidas e inmediatas en un precioso correctivo del sistema ante la escasa capacidad de reacción del legislador.

La lentitud patológica del proceso puede enfrentarse no sólo mediante reformas legislativas sino también empleando racionalmente los instrumentos infrautilizados con los que cuenta el órgano jurisdiccional. Sobre todo redimensionándolos o repotenciándolos a través de una hermenéutica evolutiva e imaginativa.

II.- VIS EXPANSIVA: USO Y ABUSO DE LA TUTELA CAUTELAR.

La tutela cautelar ha experimentado un desarrollo cualitativo y cuantitativo. Incluso se ha generalizado la idea de contar con una justicia provisional, inmediata y rápida (jurisdicción de urgencia, provisional o sumaria). Es así como la fase cautelar se ha transformado en el punto crucial del proceso, las medidas cautelares se han diversificado para atender esas necesidades. Sin embargo, debe tenerse el cuidado de no abusar de ese preciso instrumento para evitar que desempeñe un rol alternativo, sustitutivo y no subsidiario de la jurisdicción ordinaria o definitiva.

Ernesto Jinesta Lobo

239

En efecto, la tutela cautelar es una forma de tutela jurisdiccional diferenciada inapta o inidónea para disciplinar definitivamente la relación controvertida. Por lo anterior, debe evitarse una concepción distorsionada de las medidas cautelares atípicas, anticipatorias o de regulación provisional que degeneren en una forma de tutela sumaria no cautelar.

Nunca puede perderse de perspectiva sus características instrumentales como la provisionalidad e instrumentalidad respecto del proceso principal y su función - garantía provisional de los efectos de la sentencia de mérito-. Esto es, debe evitarse la desnaturalización de la eficacia y función de la tutela cautelar o la desviación de sus fines.

De sumarse la justicia, mediante la aplicación distorsionada de la tutela cautelar, se podría caer en el riesgo de darle precipitadamente la viactoria al que no tiene razón.

Buena parte del remedio al abuso de la tutela cautelar innovativa o anticipatoria puede estar en una regulación adecuada y acabada de los medios de impugnación.

III.-FUNCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR.

Las medidas cautelares tienen por función principal garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva, para que no sea una declaración platónica de principios².

De esa forma más que hacer justicia le dan tiempo a ésta para que realice su obra. Se afirma que garantizan el buen nombre, seriedad y confianza en la administración de justicia.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera en los autos Nos. 402 de las 15 hrs del 29 de noviembre, 413 de las 16:20 hrs del 29 de noviembre, 421 de las 9:30 hrs y 422 de las 9:45 hrs del 12 de diciembre, todos de 1995. También la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esa función Votos Nos. 3463-93 de las 14:54 hrs del 20 de julio de 1993, 6786-94 de las 15:27 hrs del 22 de noviembre de 1994, 7190-94 de las 15:24 hrs del 6 de diciembre de 1994 y 3929-95 de las 15:24 hrs del 18 de julio de 1995.

240

La gran reforma procesal

IV.- PERFIL CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR.

1.- Principio Chiovendiano.

El principio elaborado por Chiovenda y retomado por Calamandrei conforme al cual «la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón» es un principio general del Derecho Procesal Común.

Tiene una enorme relevancia constitucional e informa el entero ordenamiento jurídico, además de otorgarle al Juez Contencioso Administrativo de un «poder general de cautela» para adoptar todas las medidas necesarias e indispensables para evitar que la duración del proceso vaya en detrimento del actor que probablemente tiene la razón.

La ley formal no es la única fuente del proceso, las normas procesales se pueden deducir de las fuentes no escritas (artículos 7, párrafo 1º, 9, párrafo 2º, 14 de la Ley General de la Administración Pública, 5º, párrafo 3º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1º y 4º del Código Civil). Sigúese de lo anterior, que no existe una suerte de reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del Juez.

El principio de comentario tiene una profunda raigambre constitucional en el artículo 41 de la Constitución Política. En todo caso, siempre ha estado latente en nuestro ordenamiento jurídico, basta una visión sistemática y armónica de la regulación de las medidas cautelares en diversas leyes sectoriales para confirmar ese aserto (vid. artículos 72, 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 91, párrafo 4º, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 242 del Código Civil).

2.- Fundamento Constitucional.

a) Tutela judicial efectiva -justicia pronta y cumplida- y tutela cautelar.

No existe una tutela judicial pronta y cumplida sin una tutela cautelar flexible y expedita. La tutela cautelar es un componente esen-

Ernesto Jinesta Lobo

cial, una manifestación o especificación de la tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, el órgano jurisdiccional debe garantizar la eficacia de la sentencia definitiva.

La interpretación del ordenamiento procesal administrativo con-forme con el Derecho de la Constitución - artículos 41 y 49 de la Constitución Política- le impone al órgano jurisdiccional adoptar todas las medidas cautelares necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia de mérito -inclusive las positivas o anticipatorias-.

Al ser parte del núcleo o contenido esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida el legislador no puede negarla o condicionarle y el Juez debe otorgarla cuando hay peligro para la efectividad de la resolución definitiva o el periculum in mora alcanza proporciones de perjuicio irreparable.

b) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La tutela cautelar coadyuva a hacer realidad el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La medida cautelar por sí misma no acelera los procedimientos, no obstante, sin contribuye a paliar los efectos de una sentencia dictada fuera de un plazo razonable.

c) Control jurisdiccional pleno de la función administrativa y tutela cautelar.

La tutela cautelar es una pieza del vasto y complejo engranaje del control de la legalidad de la actuación administrativa. La universalidad y exclusividad del control jurisdiccional debe proyectarse al privilegio de ejecutividad inmediata del acto administrativo.

d) Principio de igualdad y tutela cautelar.

En aras de la simetría de los procesos, debe existir una regulación general similar, para evitar asimetrías y desigualdades, tal y como acontece en el proceso contencioso administrativo, donde el administrado solo cuenta -con regulación expresa- con la suspensión de la ejecución.

242

La gran reforma procesal

e) Derecho fundamental a la tutela cautelar.

Este Derecho fundamental ha sido reconocido explícitamente por el Tribunal Superior Contencioso Administrativo a partir del Auto No. 402-95 de las 15 hrs del 29 de noviembre de 1995.

Se le reconoce como incardinado en el contenido o núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida. Incluye el derecho a obtener del Juez la medida cautelar necesaria, idónea y pertinente para garantizar la eficacia de la sentencia definitiva, subordinado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos propios de toda medida cautelar y el deber correlativo del órgano jurisdiccional de ordenar la medida provisoria si concurren los presupuestos de ley o inherentes a su propia naturaleza.

Las consecuencias del reconocimiento del derecho fundamental a la tutela cautelar son las siguientes:

1)

El otorgamiento de la medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio del Juez.

2)

El legislador no puede negar, limitar o condicionar la solicitud de medidas cautelares en un proceso específico (v. gr. especial o abre-viado).

Los límites extrínsecos de este derecho están constituidos por el principio de igualdad -evitar privilegios injustificados-, el derecho de defensa, el principio de proporcionalidad, razonabilidad, etc.

La tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puede desaparecer, dañarse o perjudicarse irremediablemente los derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que, los Tribunales están obligados a protegerlos y repararlos mediante una justicia pronta y cumplida. El perjuicio irreparable es el mínimo que le legislador ordinario no puede ignorar.

Ernesto Jinesta Lobo

f) **Tutela cautelar y función jurisdiccional.**

De conformidad con el parámetro de constitucionalidad y legalidad (artículos 153 de la Constitución Política, 1º, párrafo 2º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), la función jurisdiccional consiste en conocer de las causas, resolverlas definitivamente y ejecutar las resoluciones (juzgar y ejecutar lo juzgado).

La tutela cautelar es un poder jurisdiccional implícito en el contenido del artículo 153 del texto constitucional, necesario para garantizar provisionalmente la eficacia de la declaración y consiguiente ejecución.

Precisamente por su carácter instrumental, la tutela cautelar encuentra fundamento en los poderes de decisión y cognición del Juez.

V.- CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES.

1.- Instrumentalidad

Con relación al proceso principal (reforzada e hipotética).

2.- Provisionalidad.

Su eficacia se extiende hasta el dictado de la sentencia de mérito.

3.- Urgencia.

Al evitar la causación de daños o perjuicios su adopción, en ocasiones especiales e intensas -de urgencia-, deroga las reglas generales del proceso.

La urgencia determina la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante causam, la que debe ser excepcional porque el juicio de probabilidad depende de la solicitud y documentos que se acompañen.

Así, el Código Procesal Civil admite la posibilidad de interponer medidas ante causam (artículo 241). La eficacia de la medida cautelar queda condicionada a la interposición del proceso principal que justifica su adopción. Si no se procede de esa forma, cesa la eficacia de la medida cautelar adoptada (artículos 243 y 244 del Código Procesal Civil) al presumir el legislador la falta de interés. Al omitirse la interposición del proceso principal podría existir un eventual ejercicio abusivo y antisocial del derecho a la tutela cautelar.

La gran reforma procesal

4.- Summaria Cognitio.

El objeto de la cognición sumaria lo son el periculum in mora y el fumus boni iuris, presupuestos que deben concurrir concomitantemente.

La consecuencia es la sensación de miedo e inseguridad experimentada por el Juez al adoptar una medida especialmente intensa bajo condiciones precarias o limitadas de defensa y contradictorio, a diferencia de la certeza y seguridad cuando discurre por las reposadas formas del proceso ordinario de cognición plena. La forma de combatir esa sensación de incerteza es reafirmando el deber de motivación y otorgando audiencia previa al sujeto pasivo -excepción hecha de los supuestos especiales y urgentes en que debe dictarse inaudita altera parte-.

VI.- PRESUPUESTOS.

1.- Periculum in mora.

Consiste en el temor razonable y objetivamente fundado de la parte actora de que la situación jurídica sustancial aducida resulte seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal. Requiere de la concurrencia de dos elementos: el daño inminente y la demora del proceso ordinario de cognición plena (vid. Auto del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, No. 402-95 de las 15 hrs del 29 de noviembre de 1995).

Es un concepto jurídico indeterminado difícil de reconducir a un esquema de contenido unívoco válido para todos los supuestos. No obstante su casuismo la doctrina ha identificado dos grandes manifestaciones del mismo:

a)

El peligro de infructuosidad o inutilidad de la sentencia de mérito: se produce cuando durante el desarrollo del proceso se verifican hechos que hacen imposible o difícil la efectividad de la sentencia. Se combate cristalizando la situación de hecho o de derecho hasta el dictado de la sentencia.

Ernesto Jinesta Lobo

245

b) El peligro del retardo o la tardanza de la sentencia de mérito: producido por la mera duración del proceso con un prolongado estado de insatisfacción de la situación jurídica sustancial. Se neutraliza anticipando provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva.

Dentro de este presupuesto debe ubicarse lo que la doctrina italiana ha denominado la «bilateralidad del periculum in mora» -principio de proporcionalidad- que le impone al órgano jurisdiccional ponderar los diversos intereses involucrados al dictar una medida cautelar. Debe valorarse comparativamente el interés del sujeto activo con el interés público y el de terceros; la medida sólo se puede denegar cuando el perjuicio sufrido por la colectividad o terceros es cualitativa y cuantitativamente superior al experimentado por el solicitante sin su otorgamiento.

2.- Fumus boni iuris.

Se traduce en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial que invoca la parte promovente y que aparentemente la legitima o del éxito de la pretensión en la sentencia definitiva -probabilidad de salir vencedor de la litis-.

Se manifiesta mediante la seriedad, fundamento y consistencia de las pretensiones invocadas por el actor, la falta de contestación seria de la contraparte, etc.

VII.- SISTEMAS DE MEDIDAS CAUTELARES.

En las legislaciones extranjeras existen varios sistemas de tutela cautelar.

1.- Sistema de medidas cautelares típicas.

Son aquellos que poseen medidas cautelares típicas cuyo supuesto de hecho y consecuencia jurídica se encuentra predeterminadas por la ley («numeras clausus»).

La gran reforma procesal

2.- Sistema de medidas cautelares atípicas.

En estos el contenido de las medidas es librado a la discrecionalidad y casuismo judiciales con fundamento en un poder general de cautela («*numerus apertus*») teniendo, únicamente, como parámetro objetivo la idoneidad o necesidad de la medida para garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de mérito.

3.- Sistemas Mixtos.

Son los más usuales en el derecho comparado. Combinan las medidas típicas con una norma residual o de clausura que juega el papel de válvula de seguridad orientada a neutralizar los peligros no previstos en las cautelas expresamente predeterminadas por la ley.

VIII.- SISTEMA CAUTELAR VIGENTE EN EL PROCESO CIVIL COSTARRICENSE.

1.- POTENCIALIDAD APLICATIVA DEL ARTICULO 242 CPC.

El proceso civil costarricense posee un sistema mixto, ya que, el ordinal 242 de la ley de rito civil juega el papel de norma residual o de clausura.

El ordinal 242 del Código Procesal Civil tiene una potencialidad aplicativa enorme, puesto que, es una norma en blanco o abierta -que ofrece amplia flexibilidad en la adopción de cautelares-, extremo este último que no ha dejado de provocar cierta reticencia y temor por parte de los jueces al aplicarlo.

Es una norma de cierre o de clausura del sistema cautelar, puesto que, la atipicidad en punto a los presupuestos y el contenido es evidente, el legislador exige, únicamente, que la medida ordenada sea adecuada para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de fondo, con lo que confiere un poder general de cautela y desempeña el rol de válvula de escape frente a las exigencias de tutela imprevistas.

Ernesto Jinesta Lobo

2.- DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LA MEDIDA.

La discrecionalidad del órgano jurisdiccional para definir el contenido de las medidas que ordena es «secundum legem», puesto que, deben ser adecuadas para asegurar provisionalmente la efectividad de la sentencia. Desde luego, que también operan los límites intrínsecos (presupuestos, características estructurales como la instrumentalidad y la provisionalidad, y la función de la tutela cautelar) y extrínsecos (principios dispositivo, de congruencia, debido proceso, proporcionalidad, «favor libertatis», etc.).

Lo adecuado es lo indispensable, proporcionado, idóneo para garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de fondo. La ponderación de este elemento objetivo de la «adecuación» debe ser particularmente intensa en tratándose de medidas cautelares anticipatorias o innovativas por los efectos irreversibles que pueden generar.

La indeterminación del contenido le genera al órgano jurisdiccional un temor infundado, puesto que, hemos visto existen una serie de límites objetivos, con lo que muchas veces prefiere evadir el riesgo inherente a una medida atípica que hacerle frente a las exigencias constitucionales de proveer una tutela judicial pronta y cumplida.

3.- PRESUPUESTOS.

El artículo 242 del Código Procesal Civil hace referencia al temor fundado de causársele a un derecho una lesión grave y de difícil reparación, con lo cual permite hacerle frente a cualquier tipo de «periculum in mora», sea de infructuosidad práctica o de tardanza. Aunque el numeral precitado no hace referencia al «fumus boni iuris» debe entenderse que es un presupuesto inmanente a la naturaleza de la institución. Es importante resaltar que no se instituye la caución como un presupuesto por lo que su exigencia es una condición de eficacia que impone potestativamente o no el órgano jurisdiccional.

4.- TIPOLOGÍA.

En virtud de la elasticidad del contenido eventual de la medida, el juez puede ordenar conservativas o anticipatorias. De igual forma pueden ser **inhibitorias** (órdenes de hacer o imposición de obligaciones de abstención), **ordenatorias** (órdenes de hacer algo genérico o específico) y **sustitutivas** (sustitución del obligado por el juez).

5.- SITUACIÓN JURÍDICA CAUTELABLE.

Aunque el artículo 242 del Código Procesal Civil se refiere a los derechos subjetivos, conforme con el Derecho de la Constitución deben tutelarse también los intereses legítimos. Por su medio pueden tutelarse pretensiones declarativas, constitutivas o de condena. Ese artículo no establece un tipo específico de sentencia cuya efectividad deba asegurarse, por lo que debemos aplicar la máxima según la cual no debe distinguirse donde la ley no lo hace.