



Cuestiones constitucionales

ISSN: 1405-9193

ISSN: 2448-4881

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de
Investigaciones Jurídicas

Acosta-Alvarado, Paola Andrea

La naturaleza tutelar de las medidas cautelares en la Jurisdicción Especial para la Paz*

Cuestiones constitucionales, núm. 43, 2020, Julio-Diciembre, pp. 3-26

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2020.43.15177>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88571717001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 43, julio-diciembre 2020

La naturaleza tutelar de las medidas cautelares en la Jurisdicción Especial para la Paz*

The protective nature of the provisional measures in the colombian Special Peace Jurisdiction

Paola Andrea ACOSTA-ALVARADO**

RESUMEN: En la teoría procesal, las medidas cautelares son herramientas judiciales que suelen concebirse como instrumentos para asegurar el buen desarrollo del proceso y el cumplimiento de las sentencias. Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) la figura de las medidas cautelares ha venido desarrollando un rol tutelar, que tiene como fin último la protección de los derechos fundamentales.

Este texto tiene como objetivo poner de presente la transformación que estas medidas han experimentado, a través del trabajo puntual de la Jurisdicción Especial para la Paz, órgano transicional que sigue el perfil del DIDH. Al demostrar esta nueva naturaleza tutelar de las medidas cautelares se quiere resaltar su importante papel en la tutela de los individuos y, más aún, en el éxito de la justicia transicional, que en Colombia tiene además perfil restaurativo.

Palabras clave: medidas cautelares, justicia transicional, justicia restaurativa.

ABSTRACT: *In procedural theory, precautionary measures are judicial tools that are usually conceived as instruments to ensure the proper development of the process and compliance with sentences. However, in the field of international human rights law (IHRL) the figure of precautionary measures has been developing a protective role, whose ultimate goal is protection of human rights.*

This text aims to present the transformation that these measures have undergone, through the work of the Colombian Special Jurisdiction for Peace, a transitional body that follows the profile of the IHRL. In demonstrating this new tutelary nature of precautionary measures, we aim to highlight their important role in the protection of individuals and, moreover, in the success of transitional justice that, in Colombia, also has a restorative profile.

Keywords: *provisional measures, transitional justice, restorative justice.*

* El análisis que se presenta responde de forma exclusiva a la opinión personal de la autora; en ninguna medida compromete a la institución para la que trabaja.

** Doctora en derecho internacional y relaciones internacionales. Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. Colombia. ORCID: 0000-0002-5851-400X Correo electrónico: paola.acosta@uexternado.edu.co.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Del uso instrumental a la naturaleza tutelar de las medidas cautelares*. III. *Las medidas cautelares en la Jurisdicción Especial para la Paz: avances y desafíos*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo jurídico la figura de las medidas cautelares suele estar asociada al proceso, en particular, a la eficacia de lo que se decida en el marco de este.¹ Pese a ello, en ciertos ámbitos este tipo de medidas han evolucionado hasta el punto de ampliar su naturaleza y alcances, por lo que ya no se trata de una herramienta meramente cautelar, sino también tutelar.

Este cambio se ha dado en particular, pero no exclusivamente, debido al uso de las medidas cautelares en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH),² y en el caso colombiano se hace evidente gracias al reciente trabajo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)³ en torno a este asunto.

En las líneas que siguen se hará una breve descripción de esta evolución justamente desde el ejemplo particular de las medidas cautelares que decreta la JEP. Con esto no sólo se pretende demostrar el cambio de paradigma en torno a la naturaleza y uso de dicha herramienta procesal, sino, sobre todo, las consecuencias y los retos que ello implica. Al exponer este asunto, pretendemos resaltar la oportunidad que ofrecen dichas medidas cuando se trata de la garantía de derechos fundamentales, y, más aún, de la eficacia de la justicia transicional.

Para abordar este asunto se hará una somera introducción sobre el uso tradicional de las medidas cautelares (II) y cómo ese uso adquiere una connotación particular en el DIDH (III). A partir de allí, se podrá estudiar el régimen de las medidas cautelares en la Jurisdicción Especial a la luz de los asuntos que hasta el momento se han tramitado (IV). Hecho esto, se enlistarán los logros y los retos del uso de las medidas cautelares en la JEP (V). Se concluirá con unas reflexiones sobre las consecuencias de esa naturaleza tutelar, que, además, en el caso de la JEP, se entiende restaurativa.

¹ *Infra*, apartado II.

² *Infra*, apartado III.

³ *Infra*, apartado IV.

II. DEL USO INSTRUMENTAL A LA NATURALEZA TUTELAR DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En las líneas que siguen se hará un somero recuento de los diversos conceptos y usos de las medidas cautelares en el derecho procesal nacional y en el DIDH. Debe advertirse que no se abordará todo el régimen procesal de las medidas cautelares; para efectos de lo que interesa a nuestra hipótesis de trabajo, bastará con hacer referencia a la definición y a los alcances que se atribuyen a esta herramienta en los escenarios que se estudian.

A partir de allí, podremos ver cómo, más allá de lo que tradicionalmente se piensa, además de su uso instrumental, esta herramienta también tiene vocación tutelar. De entrada, vale la pena aclarar que este nuevo perfil de las medidas no excluye su uso tradicional; por el contrario, se suma a él para potenciar sus alcances.

1. *En derecho procesal*

En teoría clásica del derecho procesal, las medidas cautelares aparecen ante la necesidad de prevenir la afectación que puede causar la prolongada duración de un proceso. Tanto Carnelutti⁴ como Calamandrei⁵ coinciden en que estas medidas provisionales buscan evitar un daño mayor, a causa del paso del tiempo, al derecho que está en litigio.

En Colombia, las primeras regulaciones de las medidas cautelares daban cuenta de esa lógica instrumental, según la cual esta herramienta se activa sólo en el marco de un proceso y ante la necesidad de asegurar la sentencia o de evitar que el derecho en litigio se viera aún más afectado. Ello puede leerse tanto en la regulación del Código Civil⁶ como en el antiguo Código de Procedimiento Civil,⁷ así como en la doctrina procesalista.⁸

⁴ Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, vol. I, Buenos Aires, Uteha, 1944, pp. 387 y ss.

⁵ Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 157.

⁶ Véase, entre otros, los artículos 158, 958, 2273 y ss.

⁷ En general, véase el libro cuarto, título XXXIV, pero también los artículos 385, 513 y ss. y el artículo 575.

⁸ López Blanco definió esta institución en los siguientes términos: la medida cautelar es aquella “que busca precaver o prevenir las contingencias que puedan sobrevenir

Bajo esta lógica instrumental, en 2004 la Corte Constitucional definió las medidas cautelares en los siguientes términos:

Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.⁹

Pese a las recientes reformas del régimen procesal colombiano (tanto civil¹⁰ como administrativo y contencioso administrativo),¹¹ la regulación actual mantiene la naturaleza procesal de las medidas cautelares; es decir, estas herramientas siguen siendo accesorias al proceso, y con ellas se busca la salvaguarda de los bienes o derechos objeto de litigio.¹²

En sentencia T-206 de 2017, la Corte Constitucional señala que

Las medidas cautelares encuentran su razón de ser en la necesidad de prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas y/o los bienes, de manera tal que *se asegure la ejecución del fallo correspondiente*.

sobre las personas o los bienes, o sobre los medios de prueba mientras se inicia o se adelanta un proceso”. López Blanco, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. II, *Parte especial*, pp. - 882. También dijo: “Providencias que, ya de oficio, o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que resulten afectados por la demora y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada”. López Blanco, Hernán Fabio, *ibidem*, p. 81, Dupré, 2004. Jaime Azula las define como “El conjunto de actuaciones que tienden a... evitar que los resultados perseguidos en un proceso sean ilusorios o ineficaces”. Azula Camacho, Jaime, *Manual de derecho procesal*, t. I: *Teoría general del proceso*, Temis, 2000, p. 61.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C- 379 de 2004.

¹⁰ Ley 1564 de 2012.

¹¹ Ley 1437 de 2011.

¹² Sobre el régimen del Código General del Proceso véase Álvarez Gómez, Marco Antonio, *Las medidas cautelares en el Código General del Proceso. Módulo de aprendizaje autodirigido*, Plan de Formación de la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, 2014.

Con base en lo anterior, es pertinente recordar que las medidas cautelares comportan las siguientes características, las cuales se deducen de su definición y naturaleza:¹³ (i) Son actos procesales, toda vez que con ellas se *busca asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez*, lo cual es una de las funciones esenciales del proceso. (ii) Son actuaciones de carácter judicial, propias de un proceso. (iii) *Son instrumentales*, esto es, sólo encuentran asidero cuando se dictan en función de un proceso al cual acceden. (iv) Son provisionales, y tienen como duración máxima el tiempo en el que subsista el proceso al cual acceden, por lo que una vez culminado éste, la medida necesariamente deja de tener efecto. (v) son taxativas, es decir, se encuentran consagradas en la ley, la cual señala el proceso dentro del cual proceden.¹⁴

...Igualmente, la Corte Constitucional ha establecido que las medidas cautelares guardan *relación directa con el derecho de acceso a la administración de justicia, puesto que esta garantía fundamental, en cierta medida, asegura que las decisiones de los jueces sean ejecutadas y cumplidas*. No obstante, esta Corporación ha considerado que “*su decreto y ejecución por parte de las autoridades públicas debe conciliarse con el postulado superior relativo al respeto de los derechos fundamentales de las personas*”¹⁵ (cursivas fuera del texto original).

En sentido similar, el Consejo de Estado apunta:

Los artículos 229 y siguientes del CPAyCA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “*necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que *la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia*; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda “*la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón*”. El

¹³ López Blanco, Hernán Fabio, *Procedimiento civil*, 9a. ed., t. I, *Parte general*, Dure Editores, 2007.

¹⁴ Reiterado en sentencia T-172 de 2016.

¹⁵ Sentencia T-788 de 2013.

anterior aserto se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración¹⁶ (cursivas fuera del texto original).

Además de la regulación de los regímenes procesales generales, las medidas cautelares también están contempladas en varios procedimientos especializados, y allí también su vocación es instrumental. Así, por ejemplo, las medidas cautelares en los procesos de competencia desleal por violación de normas¹⁷ o en los procesos por infracción de derechos de propiedad industrial.¹⁸

Así las cosas, en el régimen procesal actual las medidas cautelares se entienden como una herramienta vinculada a un proceso (judicial o administrativo) cuyo objetivo es instrumental, toda vez que con ellas se busca asegurar la efectividad de la tutela judicial.

2. En el DIDH

En buena medida, la regulación de la figura cautelar en el DIDH siguió los pasos del derecho internacional público general,¹⁹ que a su vez se apoyó en la teoría procesal clásica. Así, el reglamento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,²⁰ el del Tribunal Europeo de

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). En sentido similar: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta. Consejero ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Bogotá, D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-27-000-2013-00032-00(20631)

¹⁷ Ley 256 de 1996, artículo 31.

¹⁸ Comunidad Andina de Naciones, decisión 486 de 2000, artículos 245 y ss.

¹⁹ Artículo 41.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 75 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

²⁰ Reglamento del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Artículo 92: El Comité podrá, antes de transmitir su dictamen sobre la comunicación al Estado

Derechos Humanos²¹ y el de la Comisión Africana de Derechos Humanos²² prevén la posibilidad de decretar medidas en el marco de los procesos que adelanta, con el fin de asegurar “el buen desarrollo” de éstos o un daño mayor “a la víctima de la violación denunciada”.

Sin embargo, la regulación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (el Sistema), así como el de la Corte Africana,²³ prevé el uso de las medidas cautelares fuera del proceso. En el caso interamericano, que por ser el más cercano y el que nos resulta vinculante es el que nos interesa, las medidas fueron pensadas y son usadas como una herramienta independiente del trámite, bien sea cuasi-judicial o judicial, de la Comisión o de la Corte Interamericana, respectivamente.

El artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención) contempla la posibilidad de que

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

parte interesado, comunicar a ese Estado su opinión sobre la conveniencia de adoptar medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación denunciada. En tal caso, el Comité informará al Estado parte interesado de que esa expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ninguna decisión sobre el fondo de la comunicación”.

²¹ Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Artículo 39: La Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de conformidad con el apartado 4 del presente artículo podrán, ya sea a instancia de parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar *que considere deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento*”. (cursivas fuera del texto original).

²² Reglamento de la Comisión Africana de Derechos Humanos, artículo 98: “Provisional Measures: 1. At any time after the receipt of a Communication and before a determination on the merits, the Commission may, on its initiative or at the request of a party to the Communication, request that the State concerned adopt Provisional Measures to prevent irreparable harm to the victim or victims of the alleged violation as urgently as the situation demands”.

²³ Por ejemplo, el artículo 27, párrafo 2, del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“In case of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable harm to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems necessary”).

De acuerdo con el desarrollo reglamentario de esta disposición, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión o CIDH)²⁴ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)²⁵ pueden decretar medidas de protección, que en el caso de la Comisión se llaman “cautelares”, y de la Corte IDH “provisionales”, independientemente de la existencia de un proceso, siempre que con ellas se busque evitar que una amenaza se concrete o lograr que un daño cese.

Tal como lo señala la CIDH:

La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ... han establecido de manera reiterada que las medidas cautelares y provisionales tienen un doble carácter, uno cautelar y otro tutelar. Respecto del carácter tutelar, las medidas buscan evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos. Con respecto al carácter cautelar, las medidas cautelares tienen como propósito preservar una situación jurídica mientras está siendo considerada por la CIDH. El carácter cautelar tiene por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto se resuelva la petición que se encuentra bajo conocimiento en el Sistema Interamericano. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos alegados, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil (*effet utile*) de la decisión final. En tal sentido, las medidas cautelares o provisionales per-

²⁴ Reglamento de la CIDH, artículo 25.1, “Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano”.

²⁵ Reglamento de la Corte IDH, artículo 27: “1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención. 2. Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión. 3. En los casos contenciosos que se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales, las que deberán tener relación con el objeto del caso”.

miten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, de ser necesario, cumplir con las reparaciones ordenadas.²⁶

En el mismo sentido, la Corte IDH ha declarado:

El Tribunal ha señalado que las medidas provisionales tienen dos caracteres: uno cautelar y otro tutelar. El carácter cautelar de las medidas provisionales está vinculado al marco de los contenciosos internacionales. En tal sentido, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y de esta manera evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Las medidas provisionales permiten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, en su caso, proceder a las reparaciones ordenadas. En cuanto al carácter tutelar de las medidas provisionales esta Corte ha señalado que éstas se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida que buscan evitar daños irreparables a las personas.²⁷

Los datos estadísticos en torno a las medidas cautelares y provisionales refuerzan esta lectura de los órganos del Sistema, toda vez que buena parte de las medidas decretadas en la última década se ordenaron fuera de un proceso, y en un alto porcentaje de ellas se buscó la salvaguarda de los derechos a la vida e integridad personal. Los datos de los casos colombianos de medidas cautelares y provisionales dan cuenta de ello: diez de los 198 casos de medidas provisionales fueron decretados fuera de un proceso contencioso, y el 99% de ellos tienen relación con la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal.²⁸

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 69/2019. Medida cautelar 1581-18. Jorge David Glas Espinel respecto de Ecuador, 31 de diciembre de 2019.

²⁷ Corte IDH. Asunto Giraldo Cardona respecto de Colombia. Medidas provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de febrero de 2010. En sentido similar, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Gutiérrez Soler, 27 de noviembre de 2007. “Que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las medidas urgentes y provisionales sirven, además, al propósito de proteger derechos humanos fundamentales, evitando daños irreparables a las personas”.

²⁸ Los datos se pueden consultar en www.corteidh.or.cr.

Así las cosas, además de la histórica vocación instrumental en el marco de un proceso particular, desde la práctica interamericana las medidas cautelares o provisionales tienen una naturaleza tutelar.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ: AVANCES Y DESAFÍOS

En este apartado se hará una breve mención del régimen de las medidas cautelares en la Jurisdicción Especial para la Paz, se dará cuenta del perfil que se le ha atribuido a este tipo de medidas a la luz de los casos que ha tramitado el Juez Especial (A.), se expondrán los logros y se enlistarán los retos que le esperan a la JEP en esta materia (B.).

1. *Las medidas cautelares en la JEP*

El marco normativo que regula el trabajo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) contempla la posibilidad de que las salas y secciones decreten medidas cautelares.²⁹

De acuerdo con el artículo 22 de la Ley 1922 de 2018:

En todos los procesos que se adelanten ante la JEP, en cualquier estado del proceso, de oficio o por petición debidamente sustentada, podrá la Sala o Sección de conocimiento decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias relacionadas con situaciones de gravedad y urgencia, para:

1. Evitar daños irreparables a personas y colectivos.
2. Proteger y garantizar el acceso a la información que se encuentra en riesgo inminente de daño, destrucción y/o alteración.
3. Garantizar la efectividad de las decisiones.
4. La protección de las víctimas y el real restablecimiento de sus derechos
5. Las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, su protección y el restablecimiento de sus derechos.

Si bien esta norma se refiere al uso de las medidas en el marco de los procesos adelantados por la Jurisdicción, la práctica en torno a este asunto

²⁹ Acuerdo final, apartado 5.1.2, párrafo 51, literal c; párrafo 54, literal f; artículo transitorio 7 del Acto Legislativo 1, de 2017; artículos 87, 93, 109 117 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP; artículos 22-26 de la Ley 1922 de 2018.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

permite ver que la interpretación del juez especial se acerca a la experiencia interamericana en la medida en que además de las medidas decretadas dentro de un caso también se ha servido de este mecanismo de forma independiente.

De acuerdo con el informe de gestión de 2018,³⁰ ese año se tramitaron cinco medidas cautelares, dos por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ) y tres por la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SARVR). Según el informe de gestión de 2019,³¹ en su segundo año de trabajo la Jurisdicción dio trámite a veintiún medidas cautelares, y al finalizar el año tenía pendientes por resolver 35 solicitudes más;³² diecinueve de las veintiún medidas en trámite tienen relación con los macro casos que adelanta la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR) y buscan la protección de las partes en el proceso o de la información que interesan a éste.³³

Al momento de decretar estas medidas, la Jurisdicción invocó el perfil instrumental de esta herramienta,³⁴ pero también se preocupó por resaltar que ésta también tiene vocación de protección, ya no del proceso, sino de las personas en sí mismas. En este sentido, en el auto 175 de 2019 de la SRVR se afirma:³⁵

35. Así las cosas, *el fin último de las medidas cautelares es la protección de los derechos fundamentales de las víctimas a la justicia, verdad, reparación y no repetición*, para lo cual, en virtud de la interdependencia entre los derechos, se preservan como objetivo inmediato los derechos a la vida, libertad, integridad y seguridad personales de las víctimas, condición necesaria para ejercer su derecho a la participación ante la JEP.

³⁰ Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Transparencia/Planeacion/Informes-de-gestion.aspx>.

³¹ Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/Transparencia/Planeacion/informes-de-gestion-2019.aspx>.

³² En el marco de los casos la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SRVR) decretó siete medidas cautelares, tiene en trámite doce y debe atender 35 peticiones más. Por su parte, la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SARVR) informó que había tramitado dos asuntos cautelares, uno de los cuales sigue su curso. Ninguna otra sala o sección reportó trámite de medidas.

³³ Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. Auto 175 de 2019.

³⁴ Jurisdicción Especial para la Paz, sección de Revisión, Auto SRT-CC 001 de 2018.

³⁵ Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 215 de 2019.

37. Dada la conexión intrínseca entre estos derechos, es razonable concebir que el riesgo para una serie de garantías fundamentales (p. ej., para la vida, integridad, libertad y seguridad personal) supone una amenaza coetánea para los otros (justicia, verdad, reparación y no repetición, así como la participación en el proceso).

En este sentido podría decirse que pese a que las medidas se den en el seno del proceso y con ellas se busque que el mismo llegue a buen puerto, *también se usan como una herramienta de protección de derechos fundamentales, que en buena parte de los casos son esenciales* (vida e integridad personal) (cursivas fuera del texto original).

En este mismo sentido, en el auto 181 de 2019 la SRVR hizo una lectura sistemática de las normas que regulan el trabajo de la Jurisdicción, para concluir que es su deber decretar medidas cautelares, incluso de oficio, cuando están en riesgo de los derechos de las víctimas.³⁶

Ahora bien, además de las medidas decretadas en el marco de un caso, la Jurisdicción ha tramitado tres grandes asuntos de forma independiente, es decir, allende un caso ya en marcha. Uno de ellos lo inició el secretario ejecutivo, y dos más la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SARVR). Veamos.

La primera de estas medidas fue ordenada por el secretario ejecutivo a la luz del mandato previsto en el párrafo segundo del artículo transitorio 7 del Acto Legislativo 1 de 20017; con ella se pretendía la protección de los archivos de inteligencia, contrainteligencia y gastos reservados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad —DAS— con el fin de preservar todos los documentos relacionados con el conflicto armado.³⁷

Este trámite inició cuando aún no estaba en vigor el régimen procesal que regula el trabajo de la Jurisdicción, pero durante su desarrollo entró en vigor la Ley 1922 de 2018, por lo que buena parte del procedimiento se rigió por este marco normativo. A la luz de dicha norma, y siguiendo la jurisprudencia constitucional y contenciosa sobre la materia, el juez especial caracterizó las medidas cautelares desde la lógica instrumental descrita en el primer apartado de este capítulo.³⁸

³⁶ Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Auto 181 de 2019. Acápite sobre competencia.

³⁷ Jurisdicción Especial para la Paz. Secretaría Ejecutiva, Auto 001 de 2018.

³⁸ Jurisdicción Especial para la Paz, Sección de Revisión. Auto SRT-CC-001/2018. Apartado 3.1.

Al respecto, vale la pena aclarar que si bien esta medida cautelar no se dio en el marco de un único caso, sí tenía vocación instrumental, toda vez que con ella se buscaba asegurar una información esencial para el buen transcurrir de los procesos adelantados por la Jurisdicción.

Por el contrario, el segundo asunto independiente tenía una vocación más tutelar que instrumental, y así lo entendió el juez especial. Se trata de las medidas decretadas por la SARVR con las que se buscaba la protección de los bienes contenidos en el inventario entregado por las FARC-EP.³⁹

Cronológicamente hablando, éste fue el primer asunto en el que la Jurisdicción tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de las medidas cautelares, y para hacerlo se sirvió de una interpretación sistémica y teleológica⁴⁰ de las normas que consagran los objetivos, los principios y la naturaleza especial de la Jurisdicción, así como de las normas puntuales sobre esta herramienta judicial.

A partir de allí, el juez transicional determinó que también las víctimas pueden solicitar las medidas,⁴¹ toda vez que éstas tienen como vocación principal la salvaguarda de sus derechos. En sus palabras:

³⁹ Jurisdicción Especial para la Paz, Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. MC 001 de 2018, Auto 001 de 2018.

⁴⁰ Jurisdicción Especial para la Paz Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. MC 001 de 2018, Auto 005 de 2018. “1.5. En conclusión, para esta Sección es una premisa y un hecho jurídico que los derechos de las víctimas del conflicto armado son el objeto y el fundamento de todas las actuaciones que se adelantan ante la JEP, por ende, dando primacía al derecho sustancial, todas las normas de procedimiento que rijan su proceder deben interpretarse teleológicamente con miras a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición”.

⁴¹ Jurisdicción Especial para la Paz Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. MC 001 de 2018, Auto 005 de 2018. “3.2 (...) A lo anterior se puede agregar que, si ya en el proceso ordinario, y esto por exigencia constitucional, las víctimas tienen derecho a solicitar medidas cautelares (como también puede hacerlo el Ministerio Público), con mucha más razón deben poder hacerlo en el marco de un proceso de justicia transicional donde ellas precisamente son el centro y sus derechos fin central del sistema”. “3.3... Para esta sección es claro que la lectura correcta de la normativa del SIVJNR es a partir de los principios consagrados constitucionalmente y por ello debe evitarse todo ejercicio reducido, exegéticamente limitado y fraccionado que conduzca, en consecuencia, a interpretaciones en total contravía del sentido de la norma y el origen del sistema. Las disposiciones referidas guardan completa coherencia no sólo con la centralidad de los derechos de las víctimas (Ley 1922, libro primero, título primero), sino que además que corresponden directamente con el hecho de que algunas de las causales de procedencia de las medidas cautelares en la JEP específicamente son, como antes se

En conclusión, para esta Sección desde el punto constitucional y legal, atendiendo a una perspectiva teleológica y partiendo, como lo es debido, de la centralidad de las víctimas,⁴² así como a los principios *pro homine* y *pro víctima* como criterios interpretativos,⁴³ no puede concluirse nada distinto a que las medidas cautelares que puede adoptar la JEP *persiguen principal y exclusivamente, la garantía de los derechos de las víctimas, incluyendo claro está, su derecho a la reparación integral*⁴⁴ (cursiva fuera del texto original).

Finalmente, está el caso más significativo en términos de la vocación tutelar de las medidas cautelares; se trata del asunto relativo al cuidado, la protección y la preservación de varios lugares del territorio nacional en los que presuntamente se encuentran inhumados de forma irregular personas dadas por desaparecidas.⁴⁵

En esta oportunidad, para reforzar las reflexiones hechas en torno a la naturaleza y alcance de las medidas cautelares, el juez especial echó mano también de la reflexión de la Corte Constitucional en torno a las finalidades de la JEP, según la cual ésta debe aportar a la satisfacción de los derechos de las víctimas allende los casos concretos, cuestión que fue plasmada también en las Reglas de Procedimiento y en el Reglamento Interno de la Jurisdicción.⁴⁶

Estas reflexiones en torno a la naturaleza y alcance de las medidas cautelares en la práctica se tradujeron en el uso de éstas para la concreción del perfil restaurativo del trabajo de la Jurisdicción a partir de la garantía efectiva de los derechos de las víctimas, no sólo en términos del resultado final del trámite, sino como la esencia misma de este.

En otras palabras, el trámite de estas medidas cautelares se ha desarrollado teniendo en mente que éstas buscan adoptar providencias que per-

anotaba, “*la protección de las víctimas y el restablecimiento de sus derechos*” (artículo 22, numeral 4, cursivas fuera del texto”).

⁴² Ley 1922 de 2018, libro primero, título primero: “Centralidad de las víctimas”.

⁴³ Artículo 10., literal d: “d) Principios pro homine y pro-víctima. En casos de duda en la interpretación y aplicación de las normas de la justicia transicional, las Salas y Secciones de la JEP deberán observar los principios pro homine y pro-víctima”.

⁴⁴ Jurisdicción Especial para la Paz, sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. MC 001 de 2018, Auto 005 de 2018, Apartado 3.5.

⁴⁵ Jurisdicción Especial para la Paz. Especial para la Paz, sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. MC 002 de 2018, Auto 001 de 2018.

⁴⁶ *Ibidem*, considerando 1.

mitan la garantía de los derechos de las víctimas, pero también bajo el presupuesto de que el trámite procesal debe ser *per se* restaurativo.

Sobre este asunto, la SARVR dijo:

Las medidas cautelares ofrecen una oportunidad para materializar el perfil restaurativo del trabajo de la Jurisdicción. Por una parte, sus objetivos (evitar daños irreparables, proteger información, lugares, personas y asegurar su participación) son en sí mismos propósitos restaurativos que apuntan a la satisfacción de derechos y a la garantía de no repetición. Por la otra, su trámite ofrece la oportunidad de reconocer las voces de los individuos y las comunidades, de hacerlos partícipes. Esto revela el rol de la JEP en la materialización de las tesis centrales de la justicia restaurativa que se resumen en su carácter relacional, el protagonismo de las víctimas, así como en su vocación preventiva, concientizadora y transformadora, dialógica, participativa y arraigada en territorios y comunidades.

...En este contexto, surge un catálogo de principios restaurativos que deben guiar (y en este caso han guiado) este trámite cautelar, a saber:

- a. La escucha como primera acción restauradora
- b. La presencia territorial
- c. La participación y el acuerdo sobre cómo llevarla a cabo en el desarrollo del proceso
- d. La acción sin daño a lo largo de toda intervención
- e. La prevención de nuevas afectaciones
- f. El reconocimiento de la interlocución y, con ello, de los interlocutores, de su voz y del dolor en ella. Sufrimiento que se vive desde el daño originado por la inacción, la acción indebida o incompleta del Estado.⁴⁷

Esta lectura ha significado no sólo que las víctimas pueden solicitar las medidas, y que éstas proceden incluso sin la existencia de un caso, sino también ha traído consigo la adopción de una serie de estrategias de participación, que permiten que el proceso cautelar sea en sí mismo restaurador.

Así, por ejemplo, en el marco de este proceso cautelar se han celebrado tres audiencias públicas, cuya práctica ha estado precedida por varias reuniones preparatorias con las víctimas, en las que se diseñan los espacios restaurativos que tendrán lugar a lo largo de las audiencias. Así, el talante

⁴⁷ Jurisdicción Especial para la Paz, sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. MC 001 de 2018, Auto AI 011 de 2019 de 2018, párrafos 37 y 39.

restaurativo de la audiencia se ha traducido, entre otras, en formas particulares de instalarla, en la necesidad de prever espacios a lo largo de ésta para que las víctimas expresen su dolor, sus necesidades y sus peticiones, en la visita a los lugares en los que presuntamente están inhumadas las víctimas directas, con la intención de visibilizar lo que pasó, y de resignificar los espacios.⁴⁸

Sobre esta vocación restaurativa de las Audiencias, el juez especial dijo: “Así las cosas, este Auto no solo da cuenta de los argumentos que sustentan la adopción de medidas restaurativas en la Audiencia, también reconoce que ésta constituye en sí misma una medida y acción restauradora a la luz de lo señalado por la Corte Constitucional y la propia Jurisdicción”.⁴⁹

Además, también durante las audiencias se han tomado medidas no sólo de naturaleza preventiva,⁵⁰ sino también restaurativa. Así ocurrió en la audiencia pública celebrada en Cartagena de Indias los días 20 y 21 de noviembre de 2019 con ocasión del asunto San Onofre de dicho trámite cautelar. En ese momento se leyó el Auto AI 011 de 2019, primer auto de medidas restaurativas que decreta la Jurisdicción, y con el que se buscó que las medidas permitieran no sólo la participación y el acceso a la justicia, sino “resignificar [los lugares de inhumación] o, por lo menos, ofrecer las garantías para que dicha resignificación pueda ocurrir”.⁵¹

En palabras de la SARVR:

En el caso que nos ocupa el objeto principal de la protección solicitada son los lugares. Sin embargo, la salvaguarda de esas locaciones implica, a su vez, evitar daños irreparables, proteger información en riesgo, garantizar la efectividad de las decisiones, proteger la integridad misma de las víctimas y restablecer sus derechos. No se trata pues de un mero cuidado locativo sino de una protección integral que tiene como fin último restaurar y en la que, por lo tanto, se debe involucrar, necesariamente, a la comunidad.

⁴⁸ Los videos de las audiencias públicas celebradas en el marco de este caso se pueden consultar en el canal de la Jurisdicción: <https://www.youtube.com/channel/UCay5mclHBBWQTQ8fhoNCWow>.

⁴⁹ Jurisdicción Especial para la Paz, sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. MC 001 de 2018, Auto AI 011 de 2019 de 2018, párrafo 28.

⁵⁰ Jurisdicción Especial para la Paz, sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. Autos AI 010 de 2019, AI 012 de 2019, AI 013, AI 014 de 2019 y AI 2015 de 2019.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 42.

Esto encuentra justificación en la noción de que un lugar no solamente es un espacio físico demarcado sino un entramado social, que incluye comportamientos, formas de habitar y recorrer el espacio.⁵² En este sentido, la protección de lugares supone el acceso, uso y apropiación social de los mismos, razón por la cual no pueden entonces contemplarse medidas de protección disociadas de la experiencia y participación de quienes invocan interés sobre estos espacios. La consecuencia principal de esta interpretación es que la protección de los lugares exige necesariamente la protección de relaciones y prácticas sociales; plantea una continuidad entre cuerpo físico y cuerpo social, entre cuerpo inhumado y cuerpo vivo. Así, dado que un lugar tiene dimensiones materiales y simbólicas, su protección debe ocurrir en ambas esferas.

En este contexto, un lugar donde presuntamente yacen restos de personas desaparecidas es, por tanto, un lugar de relevancia forense y de importancia mnemónica; en otras palabras, es un lugar de intervención judicial y un lugar de memoria, acciones mutuamente dependientes. Así las cosas, la protección de un espacio de inhumación exige que se asegure el lugar y la posibilidad de recordar en él. Por ello, se debe proteger el espacio y el cuerpo que en él yace; el cuerpo que recuerda, el recuerdo que trae a la memoria y la acción y posibilidad de su evocación. La consecuencia última de esta línea hermenéutica es que proteger lugares a través de medidas cautelares que permitan la participación y el acceso a la justicia, es también resignificar o, por lo menos, ofrecer las garantías para que dicha resignificación pueda ocurrir.⁵³

Como se observa, el alcance de las medidas en la práctica de la Jurisdicción es mucho mayor que el meramente instrumental, atado a la tutela judicial efectiva. En este sentido, la práctica de las medidas cautelares en la justicia especial se acerca a la regulación propia del DIDH. Si bien buena parte de ellas se han tramitado en el seno de un caso, con ellas se persigue la protección de las personas y sus derechos, además de la tutela del proceso; por otra parte, algunos de los trámites cautelares son independientes y tienen más vocación tutelar que instrumental, e incluso adquieren un marcado talante restaurativo a la luz de la vocación del trabajo del juez transicional.

⁵² Un lugar se considera identificatorio, relacional e histórico. Augé, M., *Los no lugares; espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 58.

⁵³ *Ibidem*, párrafos 40-42.

2. Logros y desafíos en materia de medidas cautelares en la JEP

La Jurisdicción Especial para la Paz acaba de cumplir tan sólo dos años de funcionamiento, por lo que sacar conclusiones contundentes respecto de su trabajo no parece responsable. Sin embargo, en materia de medidas cautelares se pueden dar algunos pincelazos sobre lo que se ha logrado y los retos que se avizoran.

Desde nuestro punto de vista, el mayor logro del juez especial en materia de medidas cautelares es haber reconocido su naturaleza tutelar, y, por lo tanto, haber desligado su uso del ámbito exclusivo de los casos en marcha.

Este paso está en consonancia con los avances vistos en el DIDH. Si bien pareciera un asunto menor, es tan significativo, que a partir de este momento podríamos hablar de las medidas cautelares (por lo menos las de la JEP) como un mecanismo más del esquema multinivel de protección de derechos fundamentales.

De la mano con este reconocimiento, aparecen dos cuestiones fundamentales. Por una parte, la posibilidad de que las víctimas puedan solicitar medidas de protección incluso fuera del trámite de un caso particular (MC 002/18 de la SARVR). Por la otra, la reivindicación de la potestad del juez especial para iniciar trámites cautelares de oficio (MC 001/18 de la SARVR). Ambas cuestiones se justifican en la naturaleza tutelar de las medidas y traen consigo la oportunidad de dinamizar la protección de los derechos de las víctimas, toda vez que bastará confirmar la existencia de una situación grave y urgente respecto de la salvaguarda de los derechos fundamentales para activar el procedimiento cautelar, sin esperar a que un caso sea avocado por la Jurisdicción.

Esto último es muy importante, sobre todo si se atiende a la naturaleza restrictiva de la competencia de la JEP, es decir, a la necesidad de concentrar el trabajo del juez especial atendiendo al uso apropiado de sus recursos, en casos significativos cuya apertura depende de los criterios de priorización definidos por la Jurisdicción.⁵⁴ Así, dado que la JEP no atiende todos los casos relacionados con el conflicto armado y que no puede dedicarse a los más significativos al mismo tiempo, pueda que la garantía

⁵⁴ Jurisdicción Especial para la Paz, Criterios y metodología de priorización de casos y situaciones en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Bogotá, 28 de junio de 2018.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

de los derechos de las víctimas sólo sea posible con el uso de medidas cautelares.

Veamos esto con un ejemplo. Por el momento, atendiendo a los procesos de priorización, la JEP no ha abierto un caso puntual sobre desaparición forzada. Si bien algunos de los casos territoriales (casos 002, 004 y 005) e incluso el caso sobre secuestro (caso 001) y el de muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate (caso 003) pueden abordar esta temática, por el momento no existe un proceso exclusivo sobre el terrible flagelo de la desaparición forzada que azotó a muchos territorios del país dejando una inconcebible cantidad víctimas.⁵⁵ ¿Esto significa que las personas afectadas por este atroz fenómeno están indefensas? La respuesta es sin duda negativa, pues gracias al trámite de las medidas cautelares, MC 002/18 la SARVR ha adoptado importantes decisiones para la garantía de los derechos de las víctimas de desaparición forzada pese a la inexistencia de un caso sobre este particular.

Así las cosas, hecho de que el juez pueda iniciar de oficio un trámite cautelar o el que las víctimas lo puedan requerir sin la existencia de un caso potencia la posibilidad de ofrecer una garantía efectiva de los derechos de las víctimas.

Junto con el reconocimiento del perfil tutelar de las medidas, se dio la reivindicación de su vocación restaurativa. Éste es un asunto de suma importancia sobre el que ni siquiera el sistema interamericano se ha pronunciado, y del que se desprenden importantes consecuencias.

En primer lugar, tal como se señaló arriba, el juez especial reconoce la vocación performativa de los trámites que adelanta, incluidos los trámites

⁵⁵ “Una de las graves violaciones a los derechos humanos que azota de manera contundente al país es la desaparición forzada. Si bien las cifras oficiales y no oficiales varían de forma significativa, los datos dan cuenta de la masividad y gravedad de este crimen y, peor aún, de la impunidad respecto del mismo. Según el estudio integral hecho por el Centro Nacional de Memoria Histórica, «[c]on fecha de corte al 31 de diciembre de 2012, el SIRDEC da cuenta, para el periodo 1970-2012, de 78.319 desapariciones, de las cuales 19.254, que equivalen a un 25%, fueron clasificadas como presuntamente forzadas. Entre tanto, la Unidad de Víctimas habla de 30.159 desapariciones forzadas. No obstante, esta fuente muestra un marcado subregistro en la fecha del hecho, mientras que la Fiscalía General de la Nación contabiliza 21.9000 víctimas por desaparición forzada desde el 2005 al 2012». En su informe sobre la Cartografía de la Desaparición Forzada en Colombia Human Rights Everywhere afirma que, a 2019, la UARIV reporta 47.762 víctimas directas, la Fiscalía General 54.046, y el Centro Nacional de Memoria Histórica 80.472”. Tomado del Jurisdicción Especial para la Paz, sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. Auto AI 011 de 2019. Nota a pie 32.

cautelares. Esto ha significado no sólo el que se deba reconocer un papel protagónico a las víctimas en las diligencias judiciales sino, más aún, el que ellas decidan cómo quieren que se traduzca el perfil restaurativo de los diversos actos procesales. En otras palabras, no se trata tan sólo de dejar participar a las víctimas (cosa que ya es permitida en los procesos ordinarios), sino de permitirles decidir cómo se llevan a cabo los trámites judiciales para que a través de ellos experimenten la materialización de sus derechos.

Esta vocación performativa, que se ha aplicado a otros trámites de la JEP, ha permitido que la Jurisdicción se acerque a la gente, y, con ello, se ha llevado al Estado a dónde y a quienes nunca antes tuvieron contacto con él o lo tuvieron en términos desafortunados. Así, también se materializa la vocación territorial y dialógica de la Justicia Especial.⁵⁶

Gracias a este reconocimiento, y al trabajo que ha traído consigo, la Jurisdicción ha podido mostrar resultados fehacientes en cortísimo tiempo sin tener que esperar a la decisión de fondo de los casos, que sin dudas puede tardar mucho tiempo más. En un escenario en el que las víctimas llevan décadas esperando ser vistas, ser oídas, reconocidas y reivindicadas, este no es un logro menor, sino por el contrario, se trata de uno de los primeros grandes aportes de la JEP.

Algunos puristas procesales, abogados de antaño, se niegan a conceder la importancia que merece esta vocación restaurativa de las medidas cautelares y la relevancia de las audiencias que se celebran durante su trámite. A ellos, la invitación es a que se acompasen a las necesidades de los tiempos. Pueda que, desde su concepto, no sea necesario reunirse con las víctimas o practicar audiencias de la mano de éstas para decidir una medida cautelar; en un escenario ordinario podrían tener razón, pero cuando se trata de la justicia especial, que por mandato constitucional debe tener vocación restaurativa y ante los resultados que hasta el momento se han visto, esa lectura resulta cuando menos obtusa, si no es que también inconstitucional.

Ahora bien, más allá de estos significativos logros, el juez especial aún debe enfrentarse a un importante reto en materia de medidas cautelares: la definición de los criterios de procedibilidad de las medidas cautelares. Este reto es, sobre todo, una oportunidad para aclarar por fin qué significa extrema gravedad, urgencia o daño irreparable.

⁵⁶ De acuerdo con lo señalado en el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2017, en la Ley 1957 de 2019 y en la Ley 1922 de 2018.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Hasta la fecha el juez especial no se ha pronunciado de forma puntual sobre los requisitos de procedibilidad, ya que su referencia a ellos ha sido escueta. Sobre el particular, ha dicho:

Atendiendo a la protección de una presunta grave violación a los derechos humanos que reviste este caso, esta Sala acogerá las definiciones que sobre el particular ha desarrollado el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al entender la gravedad como “el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido...” mientras que la urgencia “se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar”.⁵⁷

Al respecto, vale la pena decir que si bien es cierto que el juez interamericano es quien más ha avanzado en la definición de los criterios de gravedad, urgencia e irreparabilidad, la verdad es que ni siquiera la Corte IDH ha precisado ninguno de estos conceptos. Veamos esto con un poco de detenimiento para que el juez especial tenga claro a lo que se enfrenta.

Sobre la urgencia de la situación, la Corte IDH se ha limitado a atar su valoración a las circunstancias particulares del caso⁵⁸ (lo que incluye el contexto sociopolítico, histórico y cultural)⁵⁹ o a la envergadura de los

⁵⁷ Jurisdicción Especial para la Paz, sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad. MC 002 de 2028, Auto 039 de 2019, párr. 22.

⁵⁸ Así, por ejemplo, en el asunto de la ampliación de medidas provisionales respecto en el caso 19, Comerciantes, el juez regional dijo “Que esta Presidencia estima indispensable adoptar medidas urgentes, en virtud de las circunstancias particulares de este caso y debido a que la información presentada por los representantes demuestra, prima facie, que los señores Wilmar Rodríguez Quintero y Yimmy Rodríguez Quintero se encuentran en una situación de extrema gravedad y urgencia, puesto que sus vidas e integridad personal se encuentran amenazadas y en grave riesgo. El estándar de apreciación prima facie en un caso y la aplicación de presunciones ante las necesidades de protección han llevado a esta Presidencia y a la Corte a ordenar medidas en distintas ocasiones”. resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de febrero de 2007 solicitud de ampliación de medidas provisionales respecto de la república de Colombia, caso 19 comerciantes.

⁵⁹ En resolución del 8 de julio de 2009, en el marco de las medidas provisionales adoptadas dentro del caso 19 Comerciantes, así como en la resolución del 2 de septiembre de 2010 sobre las medidas provisionales del caso Mapiripán, dijo “Que para determinar si la situación de extrema gravedad y urgencia de evitar daños irreparables existe o persiste, la Corte puede valorar el conjunto de factores o circunstancias políticas, históricas, culturales o de cualquier otra índole que afectan al beneficiario o lo colocan en una situación de vulnerabilidad en un determinado momento y lo expone a recibir lesiones a sus dere-

derechos en riesgo, sin que quede claro qué significa lo primero, y sin especificar cómo ponderar lo segundo.

La única definición más o menos cierta de lo que el juez regional entiende por urgencia se lee en estos términos: “[e]l carácter urgente implica que el riesgo o amenaza involucrados sean inminentes, lo cual requiere que la respuesta para remediarlos sea inmediata”.⁶⁰ Ahora bien, ¿qué implica que una amenaza sea inminente? ¿Cómo se prueba y se valora esa inminencia? Esta definición parece más una tautología que una instrucción clara sobre los alcances del requisito de procedibilidad. En esta misma línea, el juez interamericano señala que

la urgencia requerida para la adopción de medidas provisionales alude a situaciones especiales y excepcionales que requieren y ameritan acciones y respuestas inmediatas orientadas a conjurar la amenaza. Se trata de circunstancias que por su propia naturaleza suponen un riesgo inminente. Se deriva del carácter urgente de la amenaza la naturaleza de la respuesta para remediarla. Esto debe suponer, ante todo, un carácter inmediato de la misma y, en principio, temporal para hacer frente a tal situación, ya que una falta de respuesta implicaría *per se* un peligro.⁶¹

Frente a este pronunciamiento, las preguntas continúan: ¿cómo se sabe que una situación es especial y excepcional? Pareciera ser que la Corte IDH asocia la urgencia a la imposibilidad de esperar, así como a los resultados de la valoración que se haga “del problema planteado, la efectividad de las acciones estatales frente a la situación descrita y el grado de desprotección en que quedarían las personas sobre quienes se solicitan medidas en caso de que éstas no sean adoptadas”.⁶² Sin embargo, no que-

chos. Esta situación puede crecer o decrecer en el tiempo dependiendo de un sinnúmero de variables, pero como fue señalado, únicamente las situaciones extremas y urgentes merecerán protección mediante medidas provisionales”.

⁶⁰ Corte IDH, Asunto de la Comisión Colombiana de Juristas respecto de Colombia. Medidas provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 25 de noviembre de 2010; Corte IDH, caso Ávila Moreno y otros (caso Operación Génesis) vs. Colombia. Rechazo de la solicitud de medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de mayo de 2013.

⁶¹ Corte IDH, asunto Mery Naranjo y otros respecto de Colombia. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 4 de marzo de 2011.

⁶² Corte IDH, asunto Danilo Rueda respecto de Colombia. Solicitud de medidas provisionales. Resolución del presidente en ejercicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de mayo de 2014.

da claro qué se entiende por urgencia o cuáles son los parámetros para determinar que una situación es urgente.

Respecto de la gravedad, la Corte IDH ha sido aún más escueta, y si bien no la ha definido, sí la ha caracterizado, toda vez que señala que ésta debe ser “extrema”, entendiendo por tal, el que se encuentre “en su grado más intenso o elevado”.⁶³ Además, tal como ocurre respecto de la urgencia, el juez regional afirma que la gravedad se valora atendiendo al contexto y a los derechos que estén involucrados.⁶⁴ Así las cosas, tampoco hay parámetros claros sobre qué es una situación clara.

Finalmente, en cuanto al daño irreparable, la Corte IDH se ha limitado a decir que para que proceda la medida de protección “debe existir una probabilidad razonable de que [el daño] se materialice y no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables”.⁶⁵ Si se atiende a la teoría sobre reparación integral de la propia Corte IDH, esta instrucción no tiene mucho sentido, pues aun cuando algunos derechos o situaciones no pueden ser restituidos, todo daño es —debe ser— reparable.

Como se observa, incluso el juez regional, que lleva ya varios años trabajando desde la naturaleza tutelar de las medidas con las que se busca evitar que una amenaza se concrete o que un daño se acreciente, ha omitido definir con claridad y suficiencia los requisitos de procedibilidad de este mecanismo de salvaguarda. Así las cosas, el juez especial tiene una oportunidad única entre sus manos. Definir estos conceptos permitirá no

⁶³ Corte IDH, Asunto de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz respecto de Colombia. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 2010; Corte IDH, Asunto de la Comisión Colombiana de Juristas respecto de Colombia. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de noviembre de 2010; Corte IDH, caso Ávila Moreno y otros (caso Operación Génesis) vs. Colombia. Rechazo de la solicitud de medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2013.

⁶⁴ “en asuntos como el presente la extrema gravedad de la amenaza se debe evaluar en función del contexto específico, siendo evidente que si derechos fundamentales como la vida y la integridad física se encuentran comprometidos por dicho tipo de amenaza se está, en principio, ante un contexto que amerita considerar la adopción de medidas de protección”. Corte IDH, Asunto Mery Naranjo y otros respecto de Colombia. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 4 de marzo de 2011.

⁶⁵ Corte IDH, caso Ávila Moreno y otros (caso Operación Génesis) vs. Colombia. Rechazo de la solicitud de medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de mayo de 2013.

sólo marcar el camino de otras jurisdicciones, sino, sobre todo, evitar el uso inapropiado de las medidas en un escenario en el que muchas situaciones podrían entenderse como graves y urgentes, pero los recursos para atenderlas son limitados.

IV. CONCLUSIÓN

La Jurisdicción Especial para la Paz ha reconocido la naturaleza tutelar de las medidas cautelares que decreta. Gracias a ello, ha sido posible aclarar quiénes pueden impulsar las medidas, en qué supuestos se puede hacer uso de estas herramientas y cuál es su cometido último, dejándose claro, en todo caso, que no siempre deben estar atadas a un caso ni que se limitan a la salvaguarda de la tutela judicial efectiva.

En este contexto, el uso de las medidas cautelares como herramientas de tutela, cuyo trámite y desenlace tiene vocación restaurativa, les concede un papel fundamental a la hora de asegurar derechos fundamentales, y, más aún, al momento de propender por el éxito de la transición.

Pueda que por el momento no muchos sean conscientes de la posibilidad de usar las medidas cautelares de la Jurisdicción como una herramienta independiente de tutela, pero no resultaría extraño que a medida que los litigantes especializados y las propias víctimas descubran las posibilidades de protección que ofrece este mecanismo, la Jurisdicción se vea enfrentada a un mayor número de solicitudes de medidas cautelares. Por ello, resulta urgente que el juez especial se pronuncie pronto y de forma suficiente sobre el alcance de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo de protección. Ello evitaría la banalización de su uso y serviría como derrotero para el trabajo de otras jurisdicciones.

Por el momento, basta aplaudir el trabajo de la JEP en torno al uso de las medidas cautelares y augurar el uso estratégico de esta herramienta en un escenario de alta demanda de protección de derechos, como el colombiano.

C

Fecha de recepción: 11 de febrero de 2020.

Fecha de aceptación: 20 de abril de 2020.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.