

COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD DE MEDIDAS CAUTELARES  
NOMINADAS E INNOMINADAS EN PROCESOS DECLARATIVOS  
CIVILES

Un estudio desde la protección a la tutela judicial efectiva\*

Semillero de Derecho Procesal de la Corporación  
Universitaria del Caribe (CECAR)- Sincelejo\*\*

*Camila Andrea Salcedo Restrepo, Alejandra Regina Salgado Narváez,  
Angie Karolina Ledesma Bravo, Aníbal Vicente González Gallo,  
Emelyn Stella Palacio Tovar, Ana Enilda Vergara Pérez,  
Jesús David Vides García, Josué David Anaya García*

*Director: Carlos Mario De La Espriella Oyola<sup>1</sup>*

**RESUMEN:**

El objetivo de la presente investigación consistió en establecer si las medidas cautelares nominadas e innominadas son compatibles dentro de un proceso declarativo civil, en la protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Teniendo en cuenta que nuestra investigación fue teórica – dogmática y de corte cualitativo, el método que utilizamos fue el análisis documental de fuentes secundarias, concretamente normas jurídicas, jurisprudencia, doctrina nacional y foránea sobre el tema. Como resultados obtuvimos que las medidas cautelares innominadas, integran el núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva; que su concurrencia con una nominada en un proceso declarativo civil,

\* Artículo inédito. Recibido 23 de febrero de 2015 – Aprobado el 11 de agosto de 2015.

Este artículo, es la base de la ponencia presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre de 2014 en la ciudad de Cartagena, la cual quedó en el 5° lugar en el Concurso.

\*\* Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Corporación Universitaria del Caribe (CECAR)- Sincelejo.

<sup>1</sup> Docente y Director del Semillero de Derecho Procesal de la Corporación Universitaria del Caribe (CECAR)- Sincelejo. Miembro del Capítulo Sucre - Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

es jurídicamente posible por el poder cautelar genérico del Juez y no afecta el equilibrio procesal de las partes.

**Palabras claves:** Medidas cautelares nominadas, medidas cautelares innominadas, proceso declarativo, tutela judicial efectiva, equilibrio procesal.

## ABSTRACT

The objective of this investigation consisted to establish if the precautionary measures innominate and nominees are compatible within a civil declarative process, in the protection of the fundamental right to effective judicial guardianship. Given that our research was theoretical - dogmatic and qualitative, the method we used was documentary analysis of secondary sources, specifically legal norms, jurisprudence, national doctrine and foreign about the topic. As results we obtained that unnamed precautionary measures, integrating the essential of the right to an effective judicial guardianship; they could concur in the civil declarative process, this thanks to the generic precautionary power.

**Key words:** Nominees precautionary measures, unnamed precautionary measures, declaratory process, effective judicial guardianship, procedural balance.

*“La necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón, no debe convertirse en daño para quien tiene razón” Chiovenda<sup>1</sup>.*

## INTRODUCCIÓN

La introducción de las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos civiles, constituye una de las novedades que a nuestro ordenamiento jurídico procesal, trajo el Código General del Proceso<sup>2</sup>. Pues le otorga al Juez la libertad de escoger entre

---

<sup>1</sup> Citado por: Sebastián Irún Croskey. En: Medidas Cautelares. Recuperado de: <http://es.scribd.com/doc/52228783/medidas-cautelares-doctrina>

<sup>2</sup> Si bien es cierto, que las medidas cautelares innominadas, resultan ser una figura novedosa en el marco de nuestro *Ordenamiento Procesal Civil*, no es menos cierto que ya en el ordenamiento jurídico Colombiano, existían con anterioridad considerable, normas que le permitían a órganos investidos de facultades judiciales, el decreto de medidas cautelares innominadas; es el caso de la superintendencia de Industria y comercio, puntualmente en los temas de competencia desleal normados por la ley 256 de 1996, en su artículo 31. Lo que desde la fecha hasta la actualidad ha generado diferentes pronunciamientos, tanto del mismo órgano, como de la jurisdicción ordinaria, al tener competencia para conocer de este tipo de procesos; tal es el caso de auto de veintinueve (29) de abril de dos mil once (2011), en el cual el Tribunal Superior de Bogotá, sala de decisión Civil, resuelve recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto de 12 de enero de 2011, en el cual se decretan medidas cautelares innominadas, en un proceso de competencia desleal, proferido por el Juzgado 43 Civil de Circuito de Bogotá, y que da origen a uno de varios pronunciamientos en materia de cautelas innominadas; pronunciamientos realizados por Jueces Civiles, con ocasión a un proceso de competencia desleal, pero con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012, que introduce la figura ya mencionada, en los procesos declarativos civiles.

varias medidas jurídicamente posibles, a la que fácticamente se adecue mejor a las necesidades y circunstancias del caso concreto.

Este nuevo derecho cautelar, si bien flexibiliza al régimen tradicional de medidas cautelares, conserva a las cautelas nominadas en estatutos procesales anteriores, con la taxatividad y restricción que las caracteriza en cuanto a su nominación e interpretación.

Las medidas cautelares nominadas, son aquellas que se encuentran taxativamente preestablecidas por el legislador en determinados procesos judiciales, tales como la inscripción de demanda sobre bienes sujetos a registro, el embargo autónomo de bienes muebles e inmuebles, el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio, u otro derecho real principal.

No obstante, las innominadas son las que no están expresamente definidas en la ley, pero pueden ser decretadas por el Juez a petición de parte, si la “encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”<sup>3</sup>, siempre que el solicitante probatoriamente demuestre la apariencia de buen derecho, el peligro en la mora y la constitución de una contra cautela.

El ideal de todas estas medidas cautelares es afianzar a la tutela judicial efectiva, la cual implica la facultad que tiene toda persona de exigirle al Estado, la solución de un conflicto intersubjetivo, mediante la adopción y ejecución de una decisión judicial justa y oportuna, precedida de unas garantías procesales.

El objeto de ésta ponencia es mostrar los resultados de una investigación teórica con análisis cualitativo, que nuestro semillero adelantó en torno a la compatibilidad de las medidas cautelares nominadas e innominadas en los procesos declarativos civiles, en el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución Política de 1991.

El legislador, de manera previa y taxativa, ha creado una serie de medidas cautelares nominadas para algunos procesos judiciales. Pero ¿qué pasa cuando la medida cautelar nominada que se encuentra provista para determinado proceso no es idónea para garantizar la protección efectiva del derecho en pleito? ¿Será que el juez puede abstenerse de decretar una medida cautelar diferente por no ser ésta la instituida para el caso en concreto?

Este tipo de interrogantes son los que justifican nuestra investigación, ya que a la luz del Código General del Proceso, existe poca claridad respecto a la compatibilidad de estas dos tipologías de medidas cautelares en los procesos declarativos civiles. Lo que

---

<sup>3</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones. Artículo 590, literal c. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2012. No. 48489.

en muchos casos puede generar ambivalencias procesales que afectan a la tutela judicial efectiva de las partes.

Entorno a la compatibilidad de medidas cautelares nominadas e innominadas en un proceso declarativo civil, ha surgido un debate doctrinal entre los procesalistas colombianos que aún no se ha superado.

Por un lado, se encuentran quienes manifiestan que en lo que a procesos declarativos respecta, no pueden coexistir las medidas cautelares nominadas con las innominadas, y que éstas solo podrán asumir un carácter subsidiario respecto de aquellas. Es decir, en procesos donde operan cautelas tradicionales nominadas, no es procedente el decreto de las medidas cautelares innominadas. Entre los defensores de esta posición, encontramos al maestro Ricardo Zopó<sup>4</sup>, quien manifiesta que no es posible decretar una medida cautelar innominada en aquellos procesos donde el legislador haya establecido una nominada.

Por su parte, una línea detractora, entre quienes encontramos a los profesores Gabriel Hernández Villareal<sup>5</sup> y Ramiro Bejarano Guzmán<sup>6</sup>, manifiesta que las medidas cautelares nominadas e innominadas si son compatibles en los procesos declarativos civiles, incluyendo a los que tienen cautelas tradicionales. De acuerdo a esta línea, podrá la parte demandante solicitar, de acuerdo a la situación actual del derecho pretendido, una cautela innominada diferente a la que tradicionalmente se practique en el proceso adelantado, máxime cuando ésta no logre el mismo grado de efectividad de aquella.

Esta problemática se ha originado por el vacío normativo del Código General del Proceso entorno a la compatibilidad de las medidas cautelares nominadas e innominadas en los procesos declarativos civiles, sumado a la ausencia de pronunciamiento judicial por la reciente expedición del nuevo estatuto procesal.

Ante esta discusión, la pregunta de investigación que pretendemos resolver es si: *¿son compatibles las medidas cautelares nominadas e innominadas en los procesos declarativos civiles en Colombia, en el contexto normativo del Código General del Proceso?*

Frente al problema de investigación que encierra la pregunta formulada, nuestra hipótesis de trabajo consiste en que las medidas cautelares nominadas e innominadas en los procesos declarativos civiles en Colombia, si son compatibles en el contexto normativo del Código General del Proceso.

---

<sup>4</sup> ZOPÓ, Ricardo. Universidad de los Andes. (2013, Febrero 18). Catalogo en línea. [Archivo de Video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=cDsqm8BcOd8#t=16>

<sup>5</sup> Externadodecolombia. (2012, Noviembre 11). Catalogo en línea. [Archivo de Video]. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=dl05vWoMVDm&feature=BFa&list=PLLDYhVJsMEXLN9csO\\_Jy5zk83V\\_jqVq33](https://www.youtube.com/watch?v=dl05vWoMVDm&feature=BFa&list=PLLDYhVJsMEXLN9csO_Jy5zk83V_jqVq33)

<sup>6</sup> BEJARO GUZMÁN, Ramiro. *Coexistencia de Medidas Cautelares*. Artículo de opinión. *Ámbito Jurídico*. 24 de Junio de 2014 (9:23 Am).

Para demostrar nuestra hipótesis, desarrollaremos este trabajo con arreglo al siguiente plan de redacción: (I) La medida cautelar innominada como integrante del núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva; (II) El poder cautelar genérico del juez como justificante de las medidas cautelares innominadas; (III) La concurrencia de las medidas cautelares nominadas e innominadas en los procesos declarativos civiles y la protección de la tutela judicial efectiva; y por último, plantaremos nuestras conclusiones y propuestas.

## 1. LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA COMO INTEGRANTE DEL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El objetivo de este capítulo es demostrar que la medida cautelar innominada integra el núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Para alcanzarlo, primeramente identificaremos las obligaciones que implica el derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos declarativos, luego categorizaremos los sistemas cautelares existentes en el derecho comparado, para finalmente esgrimir las razones por las cuales la medida cautelar innominada integra al núcleo esencial de la tutela judicial efectiva.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico podemos ubicar derechos de diversa naturaleza. Dentro de ellos encontramos a los subjetivos, los cuales debemos entenderlos como “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”<sup>7</sup>

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica) y los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, tiene la estructura de un derecho subjetivo, pues contiene una prestación u obligación, un sujeto activo y uno pasivo, unos poderes y deberes jurídicos.

La prestación de la tutela judicial efectiva, implica la obligación del Estado de garantizarles a las personas, la posibilidad de demandar el reconocimiento de sus derechos sustanciales y de obtener la adopción y ejecución de una decisión oportuna, dentro de unas garantías procesales<sup>8</sup>.

El sujeto activo de este derecho es el particular que decide acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento y materialización de su derecho. El sujeto pasivo es el

<sup>7</sup> MAURER. H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9. Ed. München. 1994. P. 141. Citado por: ARANGO. Rodolfo. *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Colombia: Legis editores S.A., 2012. P. 9

<sup>8</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Acción Pública de Inconstitucionalidad, Radicado N° D – 3798, 29 de Mayo 2002. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C – 426 de 2002. considera que la tutela judicial efectiva: (...) “le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal”

Estado, en cabeza de sus órganos judiciales, quienes son los garantes de la obtención y reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. El poder jurídico, se traduce en la facultad que tiene ese sujeto para exigir el cumplimiento del derecho fundamental; y por último, el deber jurídico, es la garantía de adopción y ejecución de la decisión que resuelve el conflicto intersubjetivo.

En ocasiones, la ejecución de la sentencia judicial, exige el decreto de medidas cautelares, las cuales, siguiendo a Carnelutti, (...) “significa precisamente diligencia, previsión o precaución”<sup>9</sup>. De manera que las instituciones cautelares se convierten en instrumentos sumamente necesarios dentro de un proceso judicial, para asegurar precisamente el cumplimiento de la decisión final del juez.

En el ámbito del derecho comparado, encontramos que los ordenamientos jurídicos procesales adoptan el régimen de medidas cautelares. Las cuales “*nacen con ocasión del proceso, acceden a este, subsisten mientras subsiste la razón que las justifico y cesan cuando aquella desaparece (...) constituyen el resguardo que protege contra los daños que pudiera causar el juicio que debe seguirse en cierta inferioridad de condiciones*”<sup>10</sup>.

Dentro de estos logros identificamos algunos con sistemas cautelares totalmente atípicos, como el Francés, el Alemán e Italiano<sup>11</sup>, creados recientemente por la necesidad de garantizar una verdadera tutela judicial efectiva, pues en cada caso concreto, le permite al Juez crear y decretar las que sean necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia.

Otros Países como Venezuela<sup>12</sup>, Costa Rica<sup>13</sup> y Chile<sup>14</sup>, siguen la línea del sistema mixto, donde los jueces, de acuerdo a la naturaleza del proceso, pueden decretar medidas cautelares típicas y atípicas. De los cuales, algunos como Venezuela, permiten la coexistencia de las medidas cautelares típicas y atípicas en un solo proceso.

Tradicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico procesal, seguía un sistema típico de medidas cautelares. No obstante, con la expedición del Código General del Proceso,

<sup>9</sup> CARNELUTTI, Francesco. Derecho procesal civil y penal. Primera parte: Derecho procesal Civil. Título quinto: derecho y proceso cautelar. Pedagógica Iberoamericana, 1994. p.517.

<sup>10</sup> ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T. II, Buenos Aires. Bibliografía Omeba. 1979, P. 868- 869. Citado por MORELLO, AUGUSTO MARIO y VÉSCOVI, ENRIQUE. Medidas provisionales y medidas cautelares. En: REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela. Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos. México: Instituto interamericano de derechos humanos, 1996.p.152

<sup>11</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Medidas Cautelares Innominadas. CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. (34: 10 – 12, octubre, 2013: Medellín, Colombia). Memorias. p.309

<sup>12</sup> AGUADO. Óp. Cit.

<sup>13</sup> MURILLO MURILLO, Kattia Milena. Nuevas tendencias de las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa. Análisis de la jurisprudencia judicial en los últimos diez años (1995-2005). Costa Rica, 2007, p. 10. Tesis de graduación (licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Disponible en internet: [http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t07-nuevas\\_tendencias\\_de\\_las\\_medidas\\_cautelares.pdf](http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t07-nuevas_tendencias_de_las_medidas_cautelares.pdf)

<sup>14</sup> CHILE. CONGRESO NACIONAL. Ley 1552. (28, agosto, 1902). Que aprueba el Código de Procedimiento Civil. Artículo 298. Ministerio de Justicia. Disponible en internet:<<http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20de%20Procedimiento%20Civil.pdf>>

aquel es sustituido por uno mixto, que conserva a las cautelas nominadas y agrega a las innominadas.

En cuanto a la procedencia de la medida cautelar innominada, la legislación colombiana ha dejado claro, en el entendido del código general del proceso, que el juez en este tipo de medidas debe apreciar, el *onus boni iuris*, así como también el *periculum in mora*; sin embargo, para la doctrina Venezolana y la jurisprudencia así lo ha reiterado, el juez debe apreciar una situación adicional en el proceso, correspondiente al *Periculum in damni*.

A diferencia de nuestra legislación, en donde, no se utiliza la calificación de *periculum in damni*; en la legislación venezolana, en la Argentina y Brasileña constituye un requisito de procedibilidad sumamente necesario para evitar el daño o hacer cesar los efectos de él, si se hubiere ocasionado.

En lo que respecta a la oportunidad para solicitar y decretar una medida cautelar innominada, en la legislación colombiana, el código general del proceso regla que desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez puede decretar la medida cautelar; las legislaciones venezolana, chilena y argentina coinciden en que el juez puede decretarlas a instancia de parte para evitar daños al derecho pretendido mientras se tramita el proceso.

En lo que corresponde al decreto de la medida, en las legislaciones venezolana, chilena y argentina, el juez puede negar el decreto de la medida cuando considere que no hay peligro en la demora y cuando demuestre que los efectos de la medida serán los mismos que los del proceso principal.

En cuanto a la finalidad de la medida en los distintos ordenamientos, todos coinciden, en que la medida cautelar innominada es un medio idóneo para asegurar la tutela judicial efectiva, pues es un recurso adaptable a todas las situaciones prácticas del derecho. En ese orden de ideas, podemos citar al tribunal superior venezolano, quien ha considerado que “(...) el derecho a la **tutela judicial efectiva** (Art. 26), (...) no se agota, como normalmente se ha difundido, (i) en el libre acceso de los particulares a los órganos de administración de justicia para defenderse de los actos públicos que incidan en su esfera de derechos, sino que también comporta, (ii) el derecho a obtener medidas cautelares para evitar daños no reparables por el fallo definitivo<sup>15</sup>”

A su vez, la legislación Costa Ricense “(...) no impide la posibilidad de aplicar otras medidas innominadas, como la establecida en el artículo 242 del Código Procesal Civil, (...) que instituye la tutela cautelar atípica, que al igual que la típica, tiene como fin

---

<sup>15</sup> Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Demanda de Amparo. Expediente 02 – 2412. 19 de Diciembre de 2003. M.P: Pedro Rafael Rondón Haaz. [Citado en 19 de Julio de 2014] Disponible en internet: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/3598-191203-02-2412.htm>

*garantizar la efectividad de la sentencia*<sup>16</sup> y si *“hay un derecho fundamental a la tutela cautelar, ya sea mediante medidas típicas o atípicas, el mismo se desprende de la tutela judicial efectiva”*<sup>17</sup>

Por otra parte, en nuestra legislación, interpreta la doctrina que la medida cautelar innominada o como la llama el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, de urgencia *“trata de garantizar el objeto del proceso y la ejecución de la sentencia”*<sup>18</sup> y ya habíamos dicho en reiteradas ocasiones que la materialización de la sentencia, hace parte del derecho a la tutela judicial efectiva.

De manera que, en la línea del derecho comparado y en nuestra legislación, la medida cautelar innominada se ha convertido en una necesidad para asegurar la materialización del derecho a la tutela judicial efectiva.

De hecho, en la historia de los procesos judiciales, la experiencia ha indicado que es necesaria la implementación de las cautelas, por la obligación que tienen los jueces de evitar que la extensa duración de algunos procesos, perjudique a la parte que solicite el reconocimiento del derecho sustancial; como lo dijo Francesco Carnelutti, “el juez, como Fausto, debe detener el instante”<sup>19</sup>.

Como puede observarse, la efectividad de la sentencia, integra el núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, que en ciertos casos solo puede lograrse mediante el decreto de medidas cautelares innominadas, pues permiten que las pretensiones de las partes, con el paso del tiempo, no se tornen ilusorias o inaplicables. Como dice Aguado, las medidas cautelares *“Son expresión del derecho a una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses (...)”*<sup>20</sup>

Habiéndose demostrado que las medidas cautelares anticipatorias integran al núcleo esencial de la tutela judicial efectiva, en el próximo capítulo probaremos que el poder

---

<sup>16</sup>MURILLO MURILLO, Kattia Milena. Nuevas tendencias de las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa. Análisis de la jurisprudencia judicial en los últimos diez años (1995-2005). Costa Rica, 2007, p. 10. Tesis de graduación (licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Disponible en internet: [http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t07-nuevas\\_tendencias\\_de\\_las\\_medidas\\_cautelares.pdf](http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t07-nuevas_tendencias_de_las_medidas_cautelares.pdf)

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p.11.

<sup>18</sup> ARAUJO OÑATE, Rocio Mercedes. Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. En: *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 13(1): 247-291, enero - junio de 2011.

<sup>19</sup>CARNELUTTI, Francesco. Óp. Cit. p. 514. Entiéndase por Fausto: Personaje legendario alemán. Su leyenda es la del hombre que vende su alma al diablo, Mefistófeles, a cambio de la juventud y del placer.

<sup>20</sup> AGUADO T, Mellyxandra E. Medidas innominadas en el derecho procesal civil Venezolano comparativamente con la legislación Argentina y Chilena. Maracaibo, 2008, p. 19. Trabajo de grado (Magister en derecho procesal civil). Universidad de Zulia. Facultad de ciencias jurídicas y políticas. División de estudios para graduados, Programa de derecho procesal civil, nivel maestría. Disponible en internet: <[http://tesis.luz.edu.ve/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=2411](http://tesis.luz.edu.ve/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2411)>

cautelar genérico del Juez, justifica la procedencia de las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos civiles.

## 2. EL PODER CAUTELAR GENÉRICO DEL JUEZ COMO JUSTIFICANTE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

Las medidas cautelares genéricas o innominadas, si bien son atípicas por no estar contenidas expresamente en una norma, no pueden entenderse como actos que reflejen arbitrariedad, pues estas encuentran su límite en la cláusula legal que para Colombia contempla el poder cautelar general. Para ser aún más precisos y evitar confusiones en lo que debemos entender como poder cautelar genérico, debemos traer a colación lo dicho por el profesor venezolano ORTIZ ORTIZ, quien al hablar de este dice: “(...) *la gran mayoría de los autores sustenta la tesis del poder general cautelar, cuando en realidad, el poder no es general sino la cautela, de donde se sigue que no puede hablarse de un poder general cautelar sino de un poder cautelar general.*”<sup>21</sup>. Es por esta razón que nuestro semillero al igual que algunos autores hablan de medidas cautelares genéricas.

Por eso es necesario abordar el tema del poder cautelar genérico como originario de las medidas cautelares innominadas, más exactamente en su decreto por una autoridad judicial, pues este no ha sido nada pasivo en su consolidación debido a que ha encontrado muchos detractores<sup>22</sup>, que arguyen que dotar al juez de estas facultades resulta ser un exabrupto en las corrientes dogmáticas que defienden. En Colombia el Profesor Jairo Parra Quijano, principal exponente del activismo judicial, quien considera como un acierto dotar al juez de este tipo de facultades, incluso manifiesta (...) “nunca debió el legislador usurpar el oficio del juez regulando todas las llamadas medidas cautelares, ya que hay situaciones que sólo el juez las puede entender y concretar” (...). Debemos entonces cumplir la necesaria tarea de determinar qué se ha entendido como Poder Cautelar Genérico en el transcurso del tiempo, y enunciar como se refleja este en los ordenamientos jurídicos actuales. En específico en el ordenamiento Procesal Civil Colombiano.

El poder cautelar genérico ha sido desarrollado por tratadistas de corrientes romano – germánicas<sup>23</sup> y se ha consolidado en distintos ordenamiento jurídicos lo que hoy

---

<sup>21</sup>ORTIZ ORTIZ, R. El poder cautelar general y las medidas innominadas (En el ordenamiento jurídico venezolano). Caracas. Editorial Frónesis (2002, p.122). Citado por: Marilú Bello Castillo. *Tutela Preventiva, medidas cautelares y su vinculación con la tutela judicial efectiva*. Trabajo especial de Grado presentado para optar al Título de Especialista en Derecho Procesal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004.

<sup>22</sup>ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Las Cautelas Procesales. Crítica a las Medidas Precautorias*. Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 18 y 167. Citado por: PARRA QUIJANO, Jairo. *Medidas Cautelares Innominadas*. CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. (34: 10 – 12, octubre, 2013: Medellín, Colombia). Memorias.

<sup>23</sup> El procesalista Italiano Piero Calamandrei, define al poder cautelar genérico como: “Aquel poder confiado al Juez fuera de los institutos singulares (...), y en virtud del cual el juez puede siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso”

denominamos poder cautelar genérico, en la actualidad se ha determinado que este pese a existir en abstracto es necesario que sea concedido por el legislador delimitando de manera precisa la órbita de movilidad con la que cuenta el operador judicial, Calamandrei al respecto expresa que: “es necesario crear legislativamente un poder general, con grandes líneas precisas de limitación, ‘que permita al juez —sin abandonar el principio dispositivo—, en caso de peligro en el retardo, establecer, cada vez, independientemente de los especiales medios cautelares preconstituidos las medidas asegurativas que mejor correspondan a las exigencias del caso concreto’”<sup>24</sup>.

El ordenamiento jurídico civil colombiano, con la expedición del Código General del Proceso, contempla en nuestro criterio, lo que podemos denominar poder cautelar genérico a la Colombiana, pues establece un sistema mixto de cautelas que permitirá el decreto de medidas cautelares nominadas e innominadas dentro de un mismo proceso declarativo, protegiendo de esta manera el equilibrio procesal de las partes y la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, el poder cautelar general, encuentra su justificación en la variedad de situaciones en que se puede fundar la solicitud de una medida cautelar, lo que genera entonces un conjunto más amplio de derechos, los cuales no alcanza su efectiva protección con la aplicación exclusiva de las cautelas tipificadas por el legislador. De ahí que exista la necesidad de tener las herramientas necesarias dentro de los parámetros de la ley, para poder dictar resolución cautelar a aquellas situaciones de

---

De igual forma Redenti ha expresado al respecto que: “Es la posibilidad de obtener providencias de carácter preventivo – cautelar, dejando en cada caso al juez, no sólo el valorar las razones de su oportunidad y urgencia, sino posible o probable contenido de una futura providencia de fondo”

Luigi Montesano delinea al poder general de cautela como aquel conferido a la autoridad judicial, para adoptar, caso por caso, las medidas que considere más oportunas a fin de asegurar el mejor resultado del proceso (de conocimiento y ejecutivo) y sobre todo para evitar que el tiempo de producción de la tutela jurisdiccional no frustre en concreto su efectividad y utilidad.

Ya Fairen expresaba que la potestad cautelar general concedida a los jueces consiste en “la introducción en un código de una norma general que les dé posibilidad de adoptar medidas cautelares innominadas apriorísticamente, por específicamente adecuadas a una situación, a una persona u objeto y a un resultado concreto”.

En Brasil el procesalista brasileño Sydney Sanches, afirma que es aquella jurisdicción que ejerce el juez, cautelando el probable derecho de una parte, con medidas no previstas específicamente sino admitidas genérica o abstractamente por el código.

En Venezuela encontramos dos posiciones que respaldan al poder cautelar genérico, la primera defendida por Quintero que lo contempla como aquel “que faculta al juez para dictar, cada vez que se produzca un peligro de daño jurídico derivado del retardo en el pronunciamiento de la providencia definitiva, las medidas cautelares que estime más aptas para obviarlo”<sup>23</sup>, y la segunda defendida por Ortiz, afirma que es la “función otorgada a los órganos jurisdiccionales en el proceso mediante el cual, las partes pueden pedir y el juez acordar, con relación al material fáctico *sub judice*, las medidas innominadas para evitar una situación de daño o de peligro, o para evitar la continuidad del mismo, pudiendo las partes suplir el silencio de la Ley en cuanto al contenido de la providencia y el juez evaluar la pertinencia o adecuación de las mismas”

<sup>24</sup> CALAMANDREÍ, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. por Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945). p. 142 Citado por: HENRIQUEZ Ricardo. *MEDIDAS CAUTELARES (Según el Nuevo Código de Procedimiento Civil)*. Centro de Estudios Jurídicos. Zulia: Maracaibo. 1988. P. 72

hecho que no ven tutelada su protección en las medidas cautelares típicas. Al respecto explica el maestro Francesco CARNELUTTI, cuya doctrina ha sido defensora del poder cautelar general, manifestando que: “*Existen por tanto, (...) medidas cautelares innominadas, que el legislador ha creído que debía prever genéricamente por el temor de que la necesidad, a la que responde el proceso cautelar, se manifieste en formas diversas de las formas conocidas*”<sup>25</sup>.

Sin embargo, por las diferentes discusiones en torno al tema, basadas en las amplias potestades que adquiere el juzgador a la hora de decretar una medida cautelar, resulta pertinente distinguir conceptos ligados a esa facultad jurisdiccional, tales como la discrecionalidad y el arbitrio judicial, los cuales resultan gravitantes a la hora de referirnos a tal facultad.

Para aproximarnos a estos tópicos, encontramos ilustrativa la obra del profesor venezolano Arístides RENGEL ROMBERG, en la cual expone que “*Las medidas innominadas las dicta el juez según su prudente arbitrio, con criterio de oportunidad, atendiendo a la diversidad de circunstancias que presenta la vida, las cuales difícilmente pueden estar todas contempladas en la ley*”<sup>26</sup>, y a su vez destaca en la definición de las medidas cautelares estos dos conceptos, citando al referirse a la discrecionalidad, al doctrinante brasileiro Galeno LACERDA, quien dice que: “*discreción del juez, no significa arbitrariedad sino libertad de escogencia y determinación dentro de los límites de la ley*”<sup>27</sup>. A su vez, para hablar del arbitrio judicial, trae a colación las palabras del maestro COUTURE, quien sostiene que es la “*Facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar las pruebas de los mismos, sin estar sujetos a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender*”<sup>28</sup>.

De tal manera que, en el contexto del poder cautelar genérico, según las previsiones del legislador, la discrecionalidad del juez no debe entenderse como carta abierta a la arbitrariedad y al desequilibrio de las partes en el proceso; toda decisión judicial originada en las facultades cautelares generales, deben obedecer a los criterios mencionados en la ley (necesidad, razonabilidad y proporcionalidad), los cuales

<sup>25</sup> CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. Tr. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEA. 1973. Tomo III. p. 219. Citado por: Carlos Alberto Urdaneta Sandoval. Revista de la Facultad de Derecho No. 59. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004. p. 101. ISSN: 0255-5328.

<sup>26</sup> RENGEL ROMBERG, Arístides. *Medidas cautelares innominadas*. En: Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Recuperado de: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>. P.91.

<sup>27</sup> LACERDA, Galeno. *Comentarios ao Código de Processo Civil*. Forense. Rio de Janeiro.1980. Vol. VIII. Tomo I. P. 138. Citado por: RENGEL ROMBERG, Arístides. *Medidas cautelares innominadas*. En: Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Recuperado de: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>. P.91

<sup>28</sup> COUTURE, Vocabulario Jurídico. Voz: Arbitrio Judicial. Citado Por: RENGEL ROMBERG, Arístides. *Medidas cautelares innominadas*. En: Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Recuperado de: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>. P. 92.

conservan el equilibrio de las partes dentro del litigio y por ende salvaguarda la tutela judicial efectiva.

En virtud de la aplicación del principio de legalidad en el sistema procesal Colombiano, el legislador debe prever una serie de herramientas que garanticen la posibilidad de operancia de la tutela real y efectiva en los derechos de las partes en el marco de un proceso, esto gracias al amplio margen de configuración legislativa con que cuenta nuestro legislador, frente a esto ha dicho la corte que:

*El legislador cuenta con una amplia potestad de configuración para establecer esa habilitación al funcionario judicial, sin perjuicio de precisar el tipo de medidas que puedan decretarse -no las medidas específicas-, la oportunidad en que ello puede hacerse y los procedimientos aplicables para el efecto, ponderando los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio y los del demandante, quien enfrenta el riesgo de que una vez declarados judicialmente sus derechos, los mismos no puedan hacerse efectivos<sup>29</sup>.*

En nuestro criterio, resulta insuficiente la aplicación de las cautelas taxativas, que en la mayoría de los casos no se ajustan al objeto materia de litigio frente al sistema procesal actual. Es por ello que se introduce en el ordenamiento jurídico la adopción de cualquier medida que el juez estime pertinente e idónea para salvaguardar los derechos controvertidos bajo la figura del poder cautelar general.

Como atrás se anotó, la inclusión en nuestro ordenamiento civil del poder cautelar genérico, es obligatoria, para que el juez pueda, atendiendo a sus facultades jurisdiccionales, decretar una medida cautelar genérica o innominada. Pues son aquellos casos donde no es procedente una medida cautelar típica como en los que se han evidenciado un peligro evidente o la mora del juicio, los que han generado la necesidad de implementar en Colombia la figura del poder cautelar general, consistente como ya se ha dicho, en reconocer al juez un poder fuera de los instrumentos ya previstos de forma taxativa, que le permitan en esos casos de peligro evidente o cuando se configure la inminencia de la producción de un daño derivado del retardo, soslayar el peligro a través de la medida que considere oportuna para el caso. Como producto de dicho poder cautelar genérico se muestra la materialización de las medidas cautelares innominadas, que le permiten al juez en ciertos casos concretos darle viabilidad a una medida diferente a la prevista para el proceso litigioso en cuestión que propenda por la garantía en la tutela judicial efectiva.

No debe confundirse el poder cautelar genérico, que se traduce entre otras cosas en la discrecionalidad que tiene el juez a la hora de decretar una medida cautelar innominada, con la arbitrariedad del mismo, ya que éste no puede ser percibido como una potestad absoluta, y es respecto a ello que se debe generar por parte del legislador

---

<sup>29</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Acción Pública de Inconstitucionalidad, Radicado N° D – 4664, 27 Enero de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-039 de 2004

unos lineamientos procesales específicos que regulen dichas facultades, aun dentro de ese margen de amplitud.

Precisamente, como control de ese poder cautelar genérico, se evidencian en el sistema cautelar implementado en el Código General del Proceso requisitos que deberá tener en cuenta el juez para decretar una medida cautelar innominada, los cuales representan los límites que impone la ley a la libertad de escogencia y determinación que nos indicaba el profesor LACERDA<sup>30</sup>. Del texto del literal C del artículo 590 del nuevo estatuto, podemos identificar que para la procedibilidad de la medida cautelar innominada, el juez deberá tener en cuenta, el peligro en la demora, la apariencia de buen derecho y la contra cautela. Es decir, si bien el poder cautelar genérico tiene como consecuencia la implementación de cautelas de contenido atípico, tiene limitaciones, que son justamente los requisitos señalados.

La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), es el grado de probabilidad que el derecho que se somete a litigio y cuya materialización se pretende proteger con una cautela, se encuentre verdaderamente en cabeza del solicitante. En palabras del maestro PARRA QUIJANO: (...) “*el derecho del demandante más probable que el del demandado*”<sup>31</sup>. En este criterio además, debe estar incluida en su concepción la legitimación o interés para actuar de las partes, que a nuestro parecer es el primer paso a seguir cuando se trate de establecer una verosimilitud del derecho.

El *fumus bonis iuris* que exhiba un demandante, naturalmente no podrá originarse en cosa distinta que en los hechos originarios del proceso, por esto, es indudable que el material probatorio aportado por quien solicita la cautela, va a representar en el análisis de ponderación que debe realizar el juez, las luces de verosimilitud del derecho que exige el legislador para su decreto.

En términos generales y sintetizando lo estipulado en la norma del Código General del Proceso<sup>32</sup>, existe un *periculum in mora*, cuando exista riesgo que requiere pronta atención<sup>33</sup>.

En el estudio del *periculum in mora*, se impone la obligación de analizar la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, aspectos que llevan implícitos derechos del demandado que aún no ha sido condenado por providencia que ponga fin al proceso y que podría resultar afectado con la imposición de una cautela innominada. Consideramos que el contenido atípico de la cautela a decretarse, teniendo en cuenta el grado de afectación que puede sufrir el demandado sin haber sido vencido en juicio<sup>34</sup>,

<sup>30</sup> Ver supra. LACERDA. P. 11

<sup>31</sup> PARRA. Óp. Cit. P. 311

<sup>32</sup> Art. 590 lit. C: “(...)la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.”

<sup>33</sup> PARRA. Óp. Cit. P. 310.

<sup>34</sup> En Sentencia C-039 de 2004, M.P: Rodrigo Escobar Gil, indica que las medidas cautelares “son instrumentos procesales cuyo establecimiento y aplicación exige una labor de ponderación entre dos extremos opuestos: por un lado los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio, y, por otro, los del demandante, que enfrenta el riesgo de que, una vez declarados judicialmente sus derechos, los mismos no puedan hacerse efectivos”. Citado por:

no puede imponerse mientras no se constate la inminencia de peligro o de situaciones que puedan hacer ilusoria la decisión de una eventual sentencia, derivadas de la demora en que se puede incurrir para llegar a ésta. Aquí, como en el *fumus bonis iuris*, lógicamente también serán gravitantes las pruebas aportadas para la determinación de la existencia del *periculum*.

Por su parte, la contra cautela, exige que el solicitante constituya una caución que garantice la reparación de eventuales daños que puedan irrogarse con el decreto de las medidas cautelares innominadas.

Además, de estos tres requisitos de procedibilidad y siguiendo al profesor Ricardo ZOPO<sup>35</sup> al juez se le impone la obligación de motivar la providencia que conceda a la medida cautelar innominada, lo cual constituye una garantía para que la utilización del poder cautelar genérico del juez, no tenga visos de arbitrariedad.

Por lo expuesto, en este capítulo podemos concluir que el poder cautelar genérico del juez, es el factor que origina a las medidas cautelares innominadas, cuya procedencia está limitada por los requisitos de la apariencia del buen derecho, el peligro en la mora y la contra cautela.

Teniendo claro que las medidas cautelares innominadas se originan del poder cautelar genérico del juez, en el próximo capítulo demostraremos que el criterio que considera la incompatibilidad de las medidas cautelares nominadas e innominadas en un proceso declarativo civil, afecta el derecho a la tutela judicial efectiva.

### **3. LA CONCURRENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES NOMINADAS E INNOMINADAS EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS CIVILES Y LA PROTECCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.**

En el desarrollo de este capítulo, primero analizaremos la estructura normativa del derecho a la tutela judicial efectiva; segundo explicaremos el test de proporcionalidad como criterio para definir si una medida viola o no a un derecho fundamental; posteriormente aplicaremos el test de proporcionalidad sobre la medida de *la incompatibilidad de las medidas cautelares nominadas e innominadas en los procesos declarativos*, para finalmente llegar a nuestras consideraciones finales.

De antaño y con el devenir de los años se han manejado distintas posiciones a cerca de los tipos de normas existentes dentro de un ordenamiento jurídico. Actualmente podemos hacer la distinción entre normas principios y normas reglas<sup>36</sup>. Partiendo de

---

PARRA QUIJANO, Jairo. Medidas Cautelares Innominadas. CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. (34: 10 – 12, octubre, 2013: Medellín, Colombia). Memorias.

<sup>35</sup> ZOPÓ, Ricardo. Universidad de los Andes. (2013, Febrero 18). Catalogo en línea. [Archivo de Video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=cDsqm8BcOd8#t=16>

<sup>36</sup>ALEXY, Robert. Principal Exponente de la teoría de principios y ponderación en el mundo Germánico. Dworkin. Principal exponente de la nueva teoría del derecho en el mundo anglosajón

este supuesto y con la finalidad de dar cumplimiento al plan propuesto empecemos por establecer el porqué de la actual distinción. Y la razón radica básicamente en la evolución sufrida por el constitucionalismo en nuestros días. Pues, como dice Bernal<sup>37</sup>, mencionando a Herbert L. Hart y a Kelsen, se creía que el derecho estaba constituido exclusivamente por reglas, es decir, por normas bien determinadas, dotadas por una estructura condicional hipotética. Lo que hoy queda rezagado, pues al lado de estas encontramos a las normas principios, los cuales a diferencia de las reglas, no poseen una estructura condicional hipotética y carecen de determinación. Es necesario en este punto determinar las diferencias entre unas y otras en cuanto a su estructura, aplicación, afectación y métodos de solución de colisiones.

En cuanto a las normas reglas, que en su mayoría corresponden a las leyes que expide el congreso de la república, podemos decir que están dotadas de una estructura cerrada y su cumplimiento debe ser pleno, lo que conduce a que estas establezcan supuestos de hecho y consecuencias jurídicas determinadas (se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado), es decir, se establecen en el plano factico y realizable o concreto, lo que lleva a que estos adquieran un alto grado de precisión. Razón por la cual, la autoridad judicial no requiere hacer un gran esfuerzo argumentativo a la hora de su aplicación. En cuanto a la afectación ya decía Dworkin “las reglas son normas del tipo “todo-o-nada” (all-or- nothing), en el sentido de que se aplican o no se aplican”<sup>38</sup>. Por lo que el método para resolver sus colisiones, es la subsunción o silogismo jurídico integrado por dos premisas (cuyos nombres pueden variar) y una conclusión.

De esto se desprenden según Alexy<sup>39</sup> dos alternativas, la primera es que se declare inválida una de las normas en conflicto y la segunda es que se introduzca una excepción en una de ellas para evitar la colisión. Dando como resultado una solución definitiva al choque, pues si se vuelve en el plano fáctico a las mismas circunstancias, debe resolverse de igual forma el conflicto, es decir, se sienta un precedente al respecto.

Ahora bien los principios cuyos ejemplos más claros son los derechos fundamentales, se caracterizan por poseer una estructura más abierta y de contenido muy general, que contienen mandatos de optimización, con alto grado de abstracción, a diferencia de las reglas no puede determinarse en ellos supuestos de hecho y consecuencias jurídicas determinadas, pues como dice Alexy “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”<sup>40</sup>. Por lo que si estos colisionan, el juez tiene una tarea mucho más activa a la hora de argumentar su afectación. En estos a diferencia de las reglas, no existen alternativas como invalidar uno de los principios en choque o introducir una excepción, pues en

<sup>37</sup> BERNAL, Carlos. El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derecho fundamentales. Bogotá. D.C.: Universidad externado de Colombia, 2005. P. 95 - 111

<sup>38</sup> MARTÍNEZ, David. Conflictos constitucionales ponderación e indeterminación normativa. Tesis Doctoral. Barcelona. Universitat Pompeu Fabra, 2004. P. 70.

<sup>39</sup>ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte, Frankfurt/M. Citado por MARTÍNEZ, David. Conflictos constitucionales ponderación e indeterminación normativa. Tesis Doctoral. Barcelona. UniversitatPompeuFabra, 2004. P. 65

<sup>40</sup> *Ibíd.* p. 75

estos el método para resolver el conflicto no se basa en premisas que nos permiten llegar a una conclusión, ya que atendiendo la amplitud de la estructura de los principios, el método ideal para ellos es la ponderación, la cual supone (...) “definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro” (...)<sup>41</sup>. Y frente a esto no se da después de aplicada la ponderación una solución definitiva al conflicto. En Colombia el Profesor Carlos Bernal Pulido<sup>42</sup> siguiendo a Alexy ha implementado el Test de proporcionalidad, con esta misma finalidad.

Por su parte, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental que permite a las personas (...) “acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes” (...)<sup>43</sup>.

Por ser la tutela judicial efectiva un derecho fundamental de orden constitucional, tiene la estructura de un principio<sup>44</sup>. Por lo que en si entra en conflicto con otro principio debe aplicarse como método de solución la ponderación.

Ahora bien, para demostrar que la incompatibilidad de las medidas cautelares nominadas e innominadas en un proceso declarativo civil, afecta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, aplicaremos el test de proporcionalidad propuesto por el profesor Bernal<sup>45</sup>.

Para tales efectos, primero identificaremos la medida que será objeto de análisis; luego estableceremos si el fin que éste persigue es constitucionalmente legítimo; seguidamente verificaremos si la medida es apta para alcanzar el fin perseguido, para finalmente analizar su necesidad y proporcionalidad.

En ese orden, la medida que será objeto de análisis en la aplicación del test referido es *la incompatibilidad de las medidas cautelares nominadas e innominadas en los procesos declarativos*.

Procediendo con el análisis bajo el subprincipio de idoneidad debemos determinar el fin perseguido con la medida, para luego estudiar su legitimidad y aptitud. Para el caso,

---

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Traducción de Carlos Bernal Pulido. En: El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional. Diciembre, 2008. Vol. 1. P. 13 - 42

<sup>42</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos: Racionalidad, proporcionalidad y Razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes*. Bogotá. D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2005. 59 – 80

<sup>43</sup> Colombia, Corte Constitucional. Sala Plena. Acción Pública de Inconstitucionalidad, Radicado N° D – 9324 15 de Mayo 2013 M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia de C – 279 de 2013.

<sup>44</sup> Estructura abierta y general que contienen mandatos de optimización, que no poseen supuestos de hecho ni consecuencias jurídicas determinada.

<sup>45</sup> BERNAL. Óp. Cit. determinaremos una medida a analizar bajo los subprincipios que lo componen: Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto.

el fin perseguido con la medida es *El equilibrio procesal de las partes en los procesos declarativos civiles*. Debemos entonces expresar que este fin es constitucionalmente legítimo, ya que no contraria ningún precepto constitucional, pues al perseguirse un equilibrio de las partes en una determinada justa procesal se garantizan derechos como el debido proceso e igualdad de las partes, situación que antes que contrariar a la constitución logra su protección. Ahora bien frente a la aptitud de la medida, debemos afirmar que resulta totalmente apta pues con ella, se contribuye a alcanzar o preservar el equilibrio procesal de las partes.

Ahora bajo el subprincipio de necesidad es ineludible darle respuesta al siguiente interrogante *¿Existe otra medida alterna que contribuya alcanzar el mismo fin, con el mismo grado de eficacia y menos gravoso para el derecho a la tutela judicial efectiva?*<sup>46</sup>, y efectivamente si existe una medida alterna que resulta ser adecuada para alcanzar el equilibrio procesal de las partes y menos dañina para el derecho a la tutela judicial efectiva, que a juicio de nuestro semillero es la aplicación de la medida cautelar innominada en los procesos declarativos que ya tienen preestablecidas medidas cautelares nominadas en su procedimiento, cuando las taxativas en algunos casos concretos no resulten ser idóneas, por ejemplo en los procesos declarativos de entrega del tradente al adquirente o los de pertenecía cuya medida cautelar connatural es la inscripción de la demanda, frente a esto algunos tratadistas afirman que sin su decreto el juez no podría proferir sentencia de fondo<sup>47</sup>. Frente a esto, proponemos como medida alterna y menos gravosa la aplicación de medidas cautelares innominadas, cuando aquellas resulten ser insuficientes para garantizar la efectividad y ejecución de la sentencia. Esto a tono con lo expresado por el Profesor Jairo Parra Quijano, al referirse a las cautelas en el Código General del Proceso: son un sistema (...) “típico, pero moderado por una medida cautelar atípica de carácter residual.”

Nuestro semillero considera que las medidas cautelares en general, son muestra del derecho a la tutela judicial efectiva, pues mediante estas, se busca la conservación, anticipación o cautela de un derecho personal o patrimonial objeto de litigio en un determinado proceso y en particular en los asuntos de nuestro interés que son los procesos declarativos civiles.

Pese haberse concluido que la medida analizada no supera el sub – principio de necesidad, a continuación procedemos a exponer otros argumentos que refuerzan nuestra posición. Para esto es necesario plantearnos una serie de interrogantes, *¿Son compatibles las medidas Cautelares nominadas con las innominadas en procesos declarativos civiles? ¿Afectaría esta situación al derecho a la tutela judicial efectiva?* Para dar respuesta a estos interrogantes tendremos en cuenta el criterio del Doctor Gabriel Hernández Villareal, quien afirma que: “Según las circunstancia que se estén

<sup>46</sup> BERNAL. Carlos, Óp. Cit. es necesaria esta pregunta para analizar la medida determinada bajo el subprincipio de necesidad. Pues con este se pretende demostrar que dentro del ordenamiento normativo podemos encontrar figuras alternas y menos gravosas a los derechos fundamentales.

<sup>47</sup>Zopó, Ricardo. Universidad de los Andes. (2013, Febrero 18). Catalogo en línea. [Archivo de Video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=cDsqm8BcOd8#t=16>

ventilando en esa específica causa judicial será viable solicitar además de las tradicionales las que surgiendo de ese entorno consulten mejor los intereses de la parte demandante y satisfagan de manera más adecuada la protección de sus derechos<sup>48</sup>. Lo que nos permite además de reforzar nuestra posición, dar respuesta al primer interrogante por lo que afirmamos categóricamente que es completamente viable la coexistencia de medidas cautelares innominadas y nominadas en procesos Civiles declarativos. Es decir, son compatibles este tipo de medidas en estos procesos; cuando el caso concreto así lo amerite. Dando respuesta al segundo y teniendo en cuenta la interpretación que hace el autor de la norma, logramos fijar que está posibilidad de coexistencia resulta ajustada a derecho pues éstas nacen en el ordenamiento jurídico Colombiano con la finalidad de suplir los vacíos que deja la aplicación de las medidas cautelares tradicionales. Por lo que antes que afectar el derecho a la tutela judicial efectiva, logra su optimización.

Es preciso anotar que existen procesos declarativos en materia civil que tienen preestablecidas medidas cautelares nominadas, tales como la inscripción de la demanda en aquellos procesos en los cuales las pretensiones giren en torno al dominio u otro derecho real principal. Podríamos entonces basándonos en el anterior planteamiento afirmar que estas medidas exclusivas en dichos procesos reciben fácilmente la participación de medidas cautelares innominadas cuando estas resulten insuficientes para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Pues la idea no es perpetrar en estos procesos complejos, medidas cautelares tradicionales que en el particular no cumplan su finalidad, pues esto si conllevaría a una violación flagrante al derecho a la tutela judicial efectiva.

Pensemos por ejemplo en un proceso declarativo civil de restitución de inmueble arrendado, cuyos hechos son: El señor X celebró un contrato de arrendamiento de vivienda urbana con el señor N, en el cual se estipuló un canon de arrendamiento mensual de \$600.000 y una duración de seis (6) meses. Conforme a la causal de terminación de los contratos de arrendamientos previsto en el numeral 5 del artículo 22 de la ley 820 de 2003<sup>49</sup>, el arrendador conmina sin resultados al arrendatario para que le restituya el bien. Por lo que previene al señor N, su intención de iniciarle un proceso de restitución de inmueble arrendado. Frente a esto, el arrendatario reacciona amenazando con incinerar el bien arrendado, argumentando que hizo mejoras que aumentaron considerablemente su precio. Naciendo de esta manera una fundada amenaza de destrucción sobre el bien. Al momento de proyección de la demanda y ante la necesidad de protección del bien, el abogado del señor X se percata que la medida cautelar permitida para los procesos de restitución de tenencia, es el embargo y secuestro de bienes de propiedad del arrendatario, que para el caso concreto resulta

<sup>48</sup>Externadodecolombia. (2012, Noviembre 11). Catalogo en línea. [Archivo de Video]. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=dl05vWoMVdM&feature=BFa&list=PLLDYhVJsMEXLN9csO\\_Jy5zk83V\\_jqVq33](https://www.youtube.com/watch?v=dl05vWoMVdM&feature=BFa&list=PLLDYhVJsMEXLN9csO_Jy5zk83V_jqVq33)

<sup>49</sup> Al respecto, el numeral 5 del artículo 22 de la ley 820 de 2003, dice: “Son causales para que el arrendador pueda pedir unilateralmente la terminación del contrato, las siguientes: (...) 5. La realización de mejoras, cambios o ampliaciones del inmueble, sin expresa autorización del arrendador o la destrucción total o parcial del inmueble o área arrendada por parte del arrendatario”

insuficiente, pues en este caso, si bien puede hacerse uso del derecho de retención frente a los bienes del arrendatario para garantizar futuras obligaciones nacientes del contrato de arrendamiento, no se evitaría la ocurrencia del siniestro; pretensión principal del señor X pues si este sucediera se afectaría gravemente su derecho de propiedad, desconociéndose a priori la finalidad de la medida cautelar en los procesos judiciales, pues no se garantizaría el cumplimiento material de la eventual sentencia proferida dentro de este. En razón a que si no se evita la destrucción del bien originada en las amenazas del señor N, con el trascurso del tiempo que perdure el litigio, podría llegar a pensarse que para la época del fallo sería imposible la restitución del bien objeto de litigio. Ante esta situación, *¿Qué tipo de cautelas procede en este caso para evitar el siniestro sobre el bien del señor X?*, Siendo objetivos debemos afirmar que para el caso concreto la cautela que garantizaría el cumplimiento material del fallo sería una innominada, por ejemplo *la desocupación del bien por parte del arrendatario y la protección policial del mismo*, pues el juez atendiendo a su discrecionalidad y a criterios como la razonabilidad y proporcionalidad, podrá decretar la medida cautelar que resulte idónea para garantizar los derechos del demandante en el caso concreto, y de esta manera no se torne ilusoria la ejecución del fallo. Además, el proceso cautelar en Colombia a nuestro parecer contempla una mixtura. Y bien permitiría que en aquellos casos denominados por el procesalista italiano Virgilio Andrioli<sup>50</sup> “*Id quod plerumque accidit*”, que traduce *lo que generalmente sucede*, es decir, situaciones fácticas que nos son necesariamente acogidas por la forma abstracta de la norma, y en las cuales las medidas cautelares tradicionales no cumplieran su cometido, se aplique entonces la medida cautelar atípica. Ya se afirmaba que “La jurisdicción debe estar dispuesta siempre para recibir los reclamos de los ciudadanos y, como surgen nuevos derechos, estos pueden generar la necesidad de solicitar medidas cautelares y las denominadas atípicas, le permitirán cumplir esa misión si las típicas no son las adecuadas para ello.”<sup>51</sup>

Es importante también resaltar que la finalidad del proceso, es precisamente asegurar la justicia y el de la medida cautelar es asegurar la protección de los derechos debatidos en el proceso, originados en la apariencia de buen derecho y amenazados por el peligro en la demora; como lo dice Francesco Carnelutti “(...) la cautela judicial, (...) despliega su eficacia más allá del proceso, sobre la situación jurídica material de las partes”<sup>52</sup>. En consecuencia, en el evento en que en un proceso judicial, la medida cautelar nominada resulte no proteger efectivamente el derecho pretendido, el juez deberá tomar otras acciones, como el decreto de medidas que aunque no se encuentren taxativamente enunciadas en la norma, puedan proteger el derecho de manera más efectiva e idónea que aquellas que resultan no protegerlo, todo esto en virtud de que el juez tiene la

<sup>50</sup>ANDRIOLÍ, Virgilio. *Diritto processuale civile*. Volumen primo. Napoli. Ed. Jovene. 1979. P. 251. Citado por: Carlos Alberto Urdaneta Sandoval. Revista de la Facultad de Derecho No. 59. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004. p. 101. ISSN: 0255-5328.

<sup>51</sup> PARRA. Óp. Cit. P. 306

<sup>52</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Primera parte: Derecho procesal Civil.: derecho y proceso cautelar. Capítulo 2, Valor Jurídico. Pedagógica Iberoamericana, 1994. p.550.

obligación constitucional de asegurarle a las partes intervinientes en el proceso los derechos sustanciales pretendidos.

## CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto en cada uno de los capítulos de esta ponencia, nuestro Semillero llega a las siguientes conclusiones:

1. La medida cautelar innominada se ha convertido en una necesidad judicial, pues el legislador no puede prever todas las situaciones fácticas y jurídicas a ventilar en un litigio específico.
2. La medida cautelar innominada, integra el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues en algunos casos es necesaria para asegurar la ejecución de la sentencia.
3. La medida cautelar innominada constituye un adecuado criterio de ponderación que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y el equilibrio procesal de las partes, dentro del sistema mixto de medidas cautelares, que en nuestro criterio tiene asidero en la normatividad Colombiana. Es por ello que si se aplica el criterio que defiende la incompatibilidad de las medidas cautelares nominadas e innominadas en un mismo proceso declarativo, se protege el equilibrio procesal de las partes, pero en algunos casos donde sea necesario el decreto de las innominadas para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, este se vería vulnerado, por el rigor que la posición. Pero si se utiliza el criterio que avala la compatibilidad de las medidas cautelares nominadas e innominadas en un proceso declarativo civil, simultáneamente protegeríamos el derecho a la tutela judicial efectiva y el equilibrio Procesal de las Partes.
4. El poder cautelar genérico del Juez, da origen a las medidas cautelares innominadas, la cual se encuentra limitada por los requisitos normativos que garantizan la igualdad de las partes y el principio de legalidad dentro de los procesos declarativos.
5. El criterio de la incompatibilidad de las medidas cautelares nominadas e innominadas en los procesos declarativos, no superó el análisis bajo el test de proporcionalidad, lo cual muestra su afectación al derecho a la tutela judicial efectiva.

## PROPUESTAS

A partir de las conclusiones expuestas, nuestro semillero propone:

1. Que en los procesos declarativos civiles donde existan medidas cautelares nominadas, el Juez de conocimiento, a solicitud de parte, decrete las medidas cautelares innominadas necesarias para proteger el derecho sustancial pretendido, conforme al literal C del artículo 590 del Código General del Proceso.
2. Que los Jueces de la Republica, mediante sus providencias judiciales, de manera explicita aclaren la concurrencia de las medidas cautelares nominadas e innominadas en un proceso declarativo civil.

## REFERENCIAS

### LIBROS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt/M. Trad. Ernesto Garzón Valdés: "Teoría de los derechos fundamentales". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Las Cautelas Procesales. Crítica a las Medidas Precautorias*. Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 18 y 167.

ANDRIOLÍ, Virgilio. *Diritto processuale civile*. Volumen primo. Napoli. Ed. Jovene. 1979. P. 251.

ARANGO. Rodolfo. *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Colombia: Legis editores S.A., 2012. P. 9

ARAUJO OÑATE, Roció Mercedes. *Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa*. Visión de derecho comparado. En: *Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 13(1): 247-291, enero - junio de 2011.

ARANGO. Rodolfo. *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Colombia: Legis editores S.A., 2012. P. 9

BERNAL, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derechos fundamentales*. Bogotá. D.C.: Universidad externado de Colombia, 2005. P. 95 - 111

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Primera parte: Derecho procesal Civil. Título quinto: derecho y proceso cautelar. Pedagógica Iberoamericana, 1994. p.514.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEA. 1973. Tomo III. p. 219.

CALAMANDREÍ, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. por Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945). p. 142

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T.II, Buenos Aires. Bibliografía Omeba. 1979, P. 868- 869. Citado por MORELLO, AUGUSTO MARIO y VÉSCOVI, ENRIQUE. *Medidas provisionales y medidas cautelares*. En: REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. México: Instituto interamericano de derechos humanos, 1996.p.152

HENRIQUEZ Ricardo. *MEDIDAS CAUTELARES (Según el Nuevo Código de Procedimiento Civil)*. Centro de Estudios Jurídicos Zulia: Maracaibo. 1988. P. 72

ORTIZ ORTIZ, Rafael. *El poder cautelar general y las medidas innominadas (En el ordenamiento jurídico venezolano)*. Caracas. Editorial Frónesis (2002, p.122)

MAURER. H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9. Ed. München. 1994. P. 141.

RENGEL ROMBERG, Aristides. *Medidas cautelares innominadas*. En: Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 1989. Vol. 8. P. 89.

## ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Traducción de Carlos Bernal Pulido. En: El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional. Diciembre, 2008. Vol. 1. P. 13 - 42

PARRA QUIJANO, Jairo. Medidas Cautelares Innominadas. CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. (34: 10 – 12, octubre, 2013: Medellín, Colombia). Memorias. p.311.

## NORMATIVA

CHILE. CONGRESO NACIONAL. Ley 1552. (28, agosto, 1902). Que aprueba el Código de Procedimiento Civil. Artículo 298. Ministerio de Justicia. Disponible en internet:<http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20de%20Procedimiento%20Civil.pdf>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones.

Artículo 590, literal c. Diario oficial. Bogotá, D.C., 2012. No. 48489. Colombia, Congreso de la Republica, Ley, No 1564, 12 Julio 2012.

## JURISPRUDENCIA

Colombia, Corte Constitucional. Sala Plena. Acción Pública de Inconstitucionalidad, Radicado N° D – 9324 15 de Mayo 2013 M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia de C – 279 de 2013.

----- Sala Plena. Acción Pública de Inconstitucionalidad, Radicado N° D – 3798, 29 de Mayo 2002. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C – 426 de 2002.

-----Sala Plena. Acción Pública de Inconstitucionalidad, Radicado N° D – 4664, 27 Enero de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-039 de 2004

VENEZUELA. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Demanda de Amparo. Expediente 02 – 2412. 19 de Diciembre de 2003. M.P: Pedro Rafael Rondón Haaz. [Citado en 19 de Julio de 2014] Disponible en internet: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/3598-191203-02-2412.htm>

## VIDEOS

Externadodecolombia. (2012, Noviembre 11). Catalogo en línea. [Archivo de Video]. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=dl05vWoMVdM&feature=BFa&list=PLldYhVJsMEXLN9csO\\_Jy5zk83V\\_jqVq33](https://www.youtube.com/watch?v=dl05vWoMVdM&feature=BFa&list=PLldYhVJsMEXLN9csO_Jy5zk83V_jqVq33).

ZOPÓ, Ricardo. Universidad de los Andes. (2013, Febrero 18). Catalogo en línea. [Archivo de Video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=cDsqm8BcOd8#t=16>.

## TESIS

AGUADO T, Mellyxandra E. Medidas innominadas en el derecho procesal civil Venezolano comparativamente con la legislación Argentina y Chilena. Maracaibo, 2008, p. 19. Trabajo de grado (Magister en derecho procesal civil). Universidad de Zulia. Facultad de ciencias jurídicas y políticas. División de estudios para graduados, Programa de derecho procesal civil, nivel maestría. Disponible en internet: [http://tesis.luz.edu.ve/tde\\_busca/archivo.php?codArchivo=2411](http://tesis.luz.edu.ve/tde_busca/archivo.php?codArchivo=2411).

BELLO CASTILLO, Marilú. Tutela Preventiva, medidas cautelares y su vinculación con la tutela judicial efectiva. Trabajo especial de Grado presentado para optar al Título de Especialista en Derecho Procesal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004.

MARTÍNEZ, David. Conflictos constitucionales ponderación e indeterminación normativa. Tesis Doctoral. Barcelona. Universitat Pompeu Fabra, 2004. P. 70.

MURILLO MURILLO, Kattia Milena. Nuevas tendencias de las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa administrativa. Análisis de la jurisprudencia judicial en los últimos diez años (1995-2005). Costa Rica, 2007, p. 10. Tesis de graduación (licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. Disponible en internet: [http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t07nuevas tendencias de las medidas cautelares.pdf](http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t07nuevas_tendencias_de_las_medidas_cautelares.pdf).

### DOCUMENTOS ELECTRONICOS

IRÚN CROSKY, Sebastián. En: Medidas Cautelares. Recuperado de: <http://es.scribd.com/doc/52228783/medidas-cautelares-doctrina>.