

LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA: ANTONOMASIA DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*

Semillero de Derecho Procesal de la Universidad
Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja**

*María Juliana Jiménez Martínez^I, Diego Fernando Rodríguez Pardo^{II},
Erick Esleider Santos Young^{III}, David Camilo Murillo Romero^{IV},
Geraldí Hernández Guzmán^V, Diana Alejandra Galindo Cuadros^{VI},
Clara Natalia Rivera Estupiñán^{VII}, Carolina Quintero Rodríguez^{VIII},
Paula Andrea Quiroga Rodríguez^{IX}, Fanny Mayerly Reyes^X*

*Director:
Edizon Gonzalo Porras López^{XI}*

* Artículo inédito. Recibido 23 de febrero de 2015 – Aprobado el 24 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 entre los finalistas del Concurso.

** Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^I Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^{II} Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^{III} Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^{IV} Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^V Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^{VI} Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^{VII} Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^{VIII} Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^{IX} Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^X Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

^{XI} Director de Escuela de Derecho y del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

RESUMEN

El propósito de esta ponencia recae en poner de relieve la lógica jurídica y procesal a la que responde la medida cautelar innominada como instrumento de Justicia, de reivindicación procesal y credibilidad social; concibiendo al proceso como un instrumento para llegar a la Justicia a través de la verdad, donde las medidas cautelares innominadas emanan de las exacciones y sed de legitimidad, de ejecutividad y de efectividad de las decisiones judiciales, proponiendo como resultado de esta, la extensión del sistema cautelar innominativo a los procesos contenciosos administrativos, mediante la ampliación de la potestad cautelar Genérica del juez, desarrollando un margen de discrecionalidad caracterizado por la proporcionalidad en la calificación de la medida, concluyendo que estas herramientas corresponden a la única forma de lograr el afianzamiento de la credibilidad social en la efectividad del cumplimiento de las sentencias, conclusiones extraídas mediante un método sistemático y explicativo.

Palabras Clave: Tutelas cautelares judiciales, Efectividad, Justicia material, Acceso a la Administración de Justicia, Procedimiento Contencioso Administrativo.

ABSTRACT

The purpose of this paper lies in highlighting the legal and procedural logic that responds precautionary measure as an instrument of justice, procedural claim and social credibility; perceiving the process as a tool to reach the Justice through the truth, where unnamed precautionary measures emanating from the exactions and thirst for legitimacy, enforceability and effectiveness of judicial decisions, proposing as a result of this, the extent of innominativo to administrative proceedings, by extending the authority of the judge Generic precautionary developing a discretion characterized by proportionality in the classification of the measure, concluding that these tools are the only way to achieve the strengthening of prudential system social credibility in the effectiveness of enforcement of judgments, conclusions drawn through a systematic and comprehensive method.

Key words: Precautionary legal guardianships, Effectiveness, Material Justice, Access to Justice Administration, Administrative Procedure.

INTRODUCCIÓN

Se impone como precondition aceptar que, si bien en el mundo hay desigualdades, estas deben desaparecer en el proceso judicial. Bajo ese tamiz es posible entonces, introducirnos a la tutela cautelar judicial, como instrumento que permite lograr seguridad jurídica y dispositividad razonable; ahora bien, si aceptamos que las desigualdades materiales que hay en el mundo se comunican al proceso y en muchas ocasiones incrementadas superlativamente, debemos exigirle a alguien la morigeración de tamañas diferencias, implicando así, el desplazamiento de la concepción de la

igualdad abstracta hacia la idea de un verdadero equilibrio. Así mismo, es apodíctico entender al proceso como experiencia de comunicación humana desarrollado entre personas, respecto de las cuales es fin de este, reducir al máximo las desigualdades, con ello, el sentido de la justicia se traduce en un servicio, por su naturaleza de bien público puro y, la existencia del Estado mismo se explica como productor de bienes públicos, que a los privados dejan indiferente por lo exiguo del beneficio. La justicia se provee entre las personas que no son iguales en la realidad y es donde la tutela cautelar judicial permite atenuar y mesurar tal situación, en este tenor, las medidas cautelares aparecen como herramientas procesales para soslayar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual simplemente deja de ser justicia.

La estructura que seguirá el presente escrito corresponderá, inicialmente se realizarán exacerbaciones frente a, (i) las medidas cautelares como garantías del acceso real a la administración de Justicia, (ii) seguidamente se relacionará la naturaleza *ius-fundamental* del acceso a la Justicia en nuestro Ordenamiento, donde se describirá que las cautelas procesales son elementos integrantes de ese derecho, (iii) Se referirá a una breve aproximación conceptual de las tutelas cautelares procesales, que incluye su clasificación, características y presupuestos para su aplicación, (iv) ultimando con una propuesta, entronizada a enervar estas herramientas como antonomasia de Justicia, donde tendrá especial lugar, la necesidad de ampliar la potestad cautelar del juez en la extensión del sistema cautelar innominativo al proceso contencioso administrativo, (v) finalmente se revelarán unas infieras conclusiones.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO GARANTÍAS DEL ACCESO REAL A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Las innegables desigualdades que rodean al ser humano exigen inexorablemente una garantía de protección de los derechos y de sanción a sus transgresores, para lo cual, se hace necesario la intervención de los aparatos jurisdiccionales; aunado a ello se escruta indudablemente la exigencia de seguridad jurídica, exacción explicada por el Profesor ALTERINI como, “*la seguridad por medio del derecho, la seguridad como certidumbre del derecho y la seguridad como la estabilidad del derecho*”¹. En aras de alcanzar tal seguridad jurídica es *preemption* que los derechos puedan hacerse efectivos, aún en contra de aquellos que pretenden desconocerlos o controvertirlos, y es en tal acapice donde la eficacia de la administración de justicia encumbra su propósito en el respeto por los derechos dentro de los procesos tramitados por aquella, de manera que, la mora en la tramitación y solución de los litigios hace que en la práctica el reconocimiento a los derechos efectuado en las sentencias sea más que inútil, vano. En esta medida y bajo la idiosincrasia de la moderna justicia constitucional², el honorable tribunal constitucional referencia que, “*las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han*

¹ ALTERINI, Atilio Aníbal. *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. pp. 15-17.

² PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª Edición, Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 19.

sido consideradas como un componente del derecho de acceso a la administración de justicia, en virtud a que tal derecho comprende no solo la pretensión de obtener un pronunciamiento judicial en torno a los derechos, sino la materialización de las medidas que los hagan efectivos³”. Con ello se muestra la interjección de acceso a la justicia y las cautelas procesales, imbricados por su *thelos* común, que consiste en la obtención de una sentencia, que ponga fin al litigio sin importar si esta favorece al accionante o al sujeto pasivo de la acción, una sentencia desligada del concepto de pretensión, que obliga a determinar si el instituto del proceso responde a la existencia de un derecho subjetivo sustancial que comporte una tutela jurisdiccional correlativa, dando lugar a la concepción de tutela cautelar judicial divisada en una triada sistemática de proceso, efectividad y justicia⁴ y no, apreciada por muchos bajo un carácter eminentemente instrumental⁵. En este punto es necesario resaltar que el acceso a la justicia, también conocido como derecho a la jurisdicción, inicialmente se encontraba ligado al concepto material de acceso a la justicia, que envolvía la mera posibilidad de demandar ante el Estado para que este se pronunciara frente al derecho en litigio, posteriormente se separó el concepto de derecho material y de derecho de acción concediendo a este último un contenido más amplio, en cuanto implica la consecución de una sentencia de carácter solidarista; y es en este punto que, las medidas cautelares se ubican como enlace conciliador de celeridad y ponderación, que son las dos exigencias de la justicia, de manera que aquellas logran imprimir agilidad y efectividad al proceso, en el sentido que satisface el cumplimiento de las providencias judiciales⁶. De la anterior aseveración surgen dos principales comedimientos, en primer lugar que las tutelas cautelares judiciales se encuadran como parte de la actividad jurisdiccional del Estado; y por otra, que las medidas cautelares solo pueden existir dentro del proceso, sin importar su naturaleza, pero bajo el marco de instancias procesales. Por consiguiente, estas medidas están llamadas a operar en el proceso, *per se*, los fenómenos que también cumplen funciones cautelares, pero cuya existencia permanece en el campo del derecho sustancial, como las garantías reales o personales para el aseguramiento de una obligación, no pueden considerarse como tales; las que sí lo son, tienen la particularidad que constituyen una forma autónoma de acción, ya que existen aun sin la certidumbre de la existencia del derecho, *ergo*, se circunscriben al desarrollo y continuidad del proceso. Por lo anterior, se puede afirmar, sin que exista contradicción en ello, que las medidas cautelares se prohíjan de un carácter autónomo e independiente⁷. Así pues, el ejercicio de la acción cautelar no es contemporáneo del derecho principal, es decir, no necesita del derecho material para surgir, puesto que a quien la ejerce no puede oponérsele la inexistencia de este último y la oposición a la

³ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-039/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-4664

⁴ PORRAS LÓPEZ, Edizon Gonzalo. Acceso a la justicia Vs Acciones de tutela contra prohibiciones judiciales, Tesis de maestría, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, 2011. Pp. 20– 27.

⁵ QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y medidas cautelares*, 2ª ed., Bogotá D.C.: OKEY Impresores, 1991. Pp.28-30.

⁶ CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La tutela cautela en la nueva justicia administrativa*, Madrid: Civitas, 1991. P. 28.

⁷ SALAMANCA. MOLANO, Guillermo. “Medidas cautelares en los procesos civiles y laborales”, En ARDILA MORENO, Orlando, *Contribuciones a la ciencia jurídica*. Bogotá D.C.: Editorial Diana Colombiana, 1984. P. 279.

medida cautelar se funda en la ausencia de alguno de sus presupuestos propios, que son independientes del derecho principal, en virtud a la separación de derecho de acción con la pretensión, lo cual, determina una reclamación dirigida a la contra parte y elevada ante el órgano encargado de administrar justicia⁸, de esta forma, la tutela cautelar judicial constituye un mecanismo de defensa que el estado profiere en cabeza de los asociados en la defensa de sus derechos. En otras palabras, la facultad de obtener la cautela no es accesoria al derecho material, ya que la medida se puede lograr sin que en ese momento se sepa si se obtendrá la pretensión, pero su estructura sí está vinculada al proceso principal⁹.

En igual argot la corte constitucional ha justificado la existencia de las medidas cautelares, señalando que ellas desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, consagrando el derecho a la ejecución de la sentencia en firme, que radica en la materialización de las decisiones judiciales, exponiendo la aplicación del artículo 277 de la Constitución Política el cual instituye como funciones al ministerio público, la de velar por el estricto cumplimiento de las providencias judiciales y en similar tenor, el artículo 201 de la misma establece que corresponde al presidente de la república en relación con la rama judicial “prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias”; dadas estas elucubraciones, se sostiene que las cautelares procesales son elementales integrantes del derecho de todas las personas acceder a la administración de justicia, contribuyendo consecencialmente a la igualdad procesal¹⁰. Esta misma corporación ha desarrollado metódicamente esos elementos al considerar: *i) que las decisiones de los jueces deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que poco sentido tendría que los jueces resolvieran las controversias, pero sus decisiones resaltarán inocuas en la práctica al no poder ser materialmente ejecutadas; ii) que todas las personas deben tener un acceso efectivo e igual a la justicia, y es obvio que ese acceso no debe ser puramente formal, por lo cual tiene derecho a que el ordenamiento establezca mecanismos para asegurar al efectividad de las decisiones judiciales que les son favorables; iii) que es necesario que el derecho al acceso a la justicia que contribuya a un mayor equilibrio procesal, en la medida que asegure que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces. (...).*¹¹ Los tres propósitos anteriores se logran con las medidas cautelares, verdaderos 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.

⁸ PORRAS LÓPEZ. Edizon Gonzalo. Óp. Cit.,

⁹ FABREGÁ, Jorge. *Medias Cautelares*. Bogotá D.C.: ediciones Gustavo Ibáñez, 1998. P.p. 44 – 45.

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-490/00. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente. D-2650

¹¹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-039/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-4664

1.2. Naturaleza *ius*-fundamental del acceso a la justicia en nuestro ordenamiento: las cautelas procesales son elementos integrantes de ese derecho

En efecto, no se puede hablar de acceso real a la administración de justicia, sino existe una transformación hacia el derecho reclamado, *esjudem*, “...las personas tienen derecho a acceder a la justicia y esto no se logra cuando, a pesar de existir una decisión judicial, las cosas siguen siendo iguales”.¹² El cimiento novísimo del derecho de acceso a la administración de justicia se implanta en la obtención por parte del Estado de una solución justa y consciente de la realidad de los hechos debatidos como respuesta al conflicto derivado de relaciones intersubjetivas, una solución proferida por un ente con capacidad jurídica revestido de imparcialidad, y que resuelva sustancial y materialmente la controversia del *sub lite*, para ello debe determinar un plazo razonable que contemple el momento procesal definitivo en el que con certeza las resoluciones que se profieran sean aptas para la concreción de los derechos; lo cual, conduce a la existencia de mecanismos cautelares que aseguren el asiduo o la efectividad de las decisiones judiciales.

Ahora bien, el derecho a una tutela judicial efectiva se armoniza con el anhelo y la necesidad social de una administración de justicia caracterizada, entre otras notas distintivas, por su efectividad que a la par de la observancia de la plenitud de las garantías procesales signifique una respuesta más pronta y mucho más cercana en el tiempo a las demandas de los ciudadanos. Este exordio supone que, la tardanza en la resolución de sus causas no genere incertidumbre sobre la eficacia de las decisiones judiciales, prescribiendo la obligatoriedad de un régimen de tutela cautelar judicial que garantice la realización efectiva y material de las sentencias y que los fallos de los jueces no sean ilusorios¹³.

Por otro lado dentro del concepto de Estado social de derecho se encuentra comprendida la obligación del Estado de brindar a los asociados, instituciones y procedimientos para la solución de los conflictos, y el incumplimiento de esa obligación del juez de garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos de acceder a la justicia ocasiona menoscabo en la defensa de sus derechos e intereses, inquirido tal desmedro como indefensión judicial,¹⁴ infracción que además de encumbrar un inaceptable estado de indefensión, socava los fundamentos esenciales del mismo Estado, entendiéndose que, las personas no solo tienen derecho al acceso a la administración de justicia para el ejercicio y derecho de sus intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a obtener una tutela efectiva por parte de esos órganos administradores de justicia¹⁵. Es así, como se hilvana las cautelas

¹² MORENO ORTIZ, Luís Javier. *Acceso a la Justicia*, Bogotá. D.C.: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2000. P. 116

¹³ RESTREPO. MEDINA, Manuel Alberto. *Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar judicial*, Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Universidad del Rosario, 2006. P.p. 14 – 18. ISBN: 958-8298-21-0

¹⁴ MORENO. ORTIZ, Luís Javier. *Op. Cit.*,

¹⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Sexta, Sentencia T-606/01. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente. T-402991

procesales dentro del espectro de la tutela jurisdiccional efectiva, que como se reitera tiene un campo más amplio que el simple acceso a los jueces, tribunales, autoridades administrativas a través de un proceso, ya que esta se materializa con la aplicación de garantías constitucionales en el proceso mismo, las cuales permiten la efectividad y celeridad de una justicia procesal constitucional¹⁶, lo que permite traer en comento la consecución de las siguientes garantías, vinculadas intrínsecamente al núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia, a saber¹⁷:

- **Igualdad a las Partes.**¹⁸ El contenido del acceso a la justicia está profundamente vinculado con el contenido de los derechos fundamentales del debido proceso y la igualdad. “*El derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia impone a los jueces el deber de actuar como celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso.*”¹⁹ Igualdad que se refiere en primer lugar, (i) al concepto de igualdad ante la ley, partiendo obviamente de las desigualdades sociales existentes, y que se traduce en una igualdad de acceso a las instancias judiciales; (ii) igualdad de trato por las instancias judiciales, conforme al cual todas las personas que se encuentren en las mismas condiciones deben obtener la misma respuesta por la instancia judicial²⁰, entendido este aspecto frente a la protección de los derechos fundamentales que se ven involucrados en el proceso y frete a la administración de justicia²¹. Ante tal argumento, se alzan las medidas cautelares en la égida de igualdad y equilibrio procesal, pues aseguran al justiciable mantener en el curso del proceso un estado de cosas semejante al que existía cuando acudió a la jurisdicción, y proporcionan dispositivos procesales para hacer frente a las maniobras maliciosas del infractor en el no acatamiento de la sentencia.
- **Se arribe en una sentencia que garantice la realización de los derechos amenazados o vulnerados.** Como se ha venido aludiendo, el acceso a la administración de justicia no se agota con la interposición o aplicación de los actos introductorios del proceso, por el contrario, el acceso a la justicia se desenvuelve durante todo el proceso y hasta la terminación del mismo, hasta llegar a una decisión razonada sobre los méritos del reclamo. Comprende por lo tanto:

¹⁶ PALOMINO MANCHENGO, José. *Estudios de derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Editores Ltda. 2011. Pp. 33-47.

¹⁷ PORRAS LÓPEZ. Edizon Gonzalo. Óp. Cit.,

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-221 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente. D-006

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Segunda, Sentencia T-006 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente. T-221

²⁰ MORENO. ORTIZ, Luís Javier. Óp. Cit.,

²¹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-484 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente. T-16678

- a) **la garantía de aplicación de un orden jurídico que entronice imparcialidad y adecuada valoración de las normas y valores involucrados.** El juez juega un papel muy importante, para garantizar el acceso a la justicia, pues este debe lograr la efectividad de los derechos reclamados, debe ser un juez director del proceso, pero además, y por sobre todo un juez comprometido, esto es, un juez dinámico, que aplique los poderes inquisitivos y oficiosos que el estatuto procesal le otorga²², pero imparcial frente a los intereses de los contendientes, debe ser un protagonista de la aplicación de justicia, evitando a toda costa la alteración normal del proceso con vicios, nulidades etc., es decir, colaborado para llegar a una sentencia, que ponga fin al litigio, con una debida motivación desde el punto de vista formal, a partir de la aplicación correcta de las normas sustanciales y procesales; y, desde el punto de vista material, es decir la valoración en concreto de los demás valores involucrados (medios de prueba)²³, que garanticen que la decisión sea lo más justa posible²⁴. Así, las medidas cautelares imponen mayor protagonismo del juez, donde se vislumbra que un Estado Social de Derecho como el nuestro, no puede “prestar” cualquier clase de Juez que dirima el conflicto como sea, sino un Juez que resuelva con criterios que permitan hablar de Justicia y no cualquier clase de Justicia, sino de una justicia material y no cabe duda que para extraer tal activismo judicial se reclama dispositividad y oficiosidad, es decir, la necesidad de ampliar la potestad cautelar del juez.
- b) **Que la decisión sea lo más justa posible. “La validez y la búsqueda de la verdad, son objetos de la justicia”²⁵.** En principio, una decisión es justa si guarda relación con el principio de congruencia. Pero una decisión justa, es aquella en la que existe una gran aproximación a la verdad, entendida esta como la correspondencia de los hechos ocurridos en la transformación de la realidad, y los hechos que son del resorte probatorio en el proceso particular. El derecho fundamental de acceso a la justicia, determina el compromiso del juez en busca de la verdad, si esto no fuera así, se podría decir entonces, que el derecho procesal se torna perverso, porque afecta la posibilidad de la justicia, hay que darle al derecho procesal el lugar que corresponde, no solo el carácter de instrumental, sino el que en verdad tiene, el derecho procesal tiene un compromiso con la justicia²⁶. El juez tiene que llegar a la verdad para poder decidir de manera justa²⁷, y para ello cuenta, con los medios de prueba, y por lo tanto tiene la obligación de hacer una correcta valoración de los mismos,

²² CAPOGRASSI, Giudizio. *Proceso, ciencia y verdad*, Madrid: 1950. p. 5

²³ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 084 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente. D-648 y D-650.

²⁴ MORENO. ORTIZ, Luís Javier. Óp. Cit.,

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, La Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-275 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente. T-31.551.

²⁶ MONTERO AROCA Juan, ORTELLIS RAMOS Manuel, GÓMEZ COLOMBER Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional, Proceso Civil*, Tomo II, 2ª Ed, Barcelona: Librería Bosch, 1989. p. 221.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*, Madrid: Trotta, 2010. p. 22.

porque de esa manera garantiza la contradicción que es soporte fundamental del debido proceso, una verdadera valoración, permite que si la parte no está de acuerdo, pueda solicitar la revisión de la legalidad del fallo, con la interposición de los recursos que para el caso correspondan²⁸. Bajo el entendido que, el proceso es un instrumento para llegar a la Justicia a través de la verdad, se imbrican las medidas cautelares como respuesta a las exacciones y sed de credibilidad, de legitimidad y de ejecutividad de las decisiones del sistema judicial. Siguiendo estos mismos argumentos, se alza la siguiente frase de EMMANUEL LEVITAS, “*la verdad supone la justicia*” que sólo puede darnos a entender que la aptitud de proceso judicial depende de la posición que se asuma ante la verdad.²⁹

- c) **Correspondencia con las normas procesales.** Que no se incurra en moras o en dilaciones injustificadas y que se respete el debido proceso. El derecho de acceso a la justicia involucra que ella sea pronta y cumplida, el tiempo es también condicionante de la eficacia en la justicia. Sin embargo no se puede decir con toda seguridad que las moras injustificadas en la tramitación de los procesos sea culpa exclusiva de los operadores jurídicos, es menester tener en cuenta en ciertas ocasiones pautas como: la complejidad del asunto, la misma actividad endoprosesal del interesado, y la diligencia de las autoridades judiciales en la conducción del proceso. La Corte Constitucional frente a este punto dijo: “*los pleitos interminables acaparan y obstruyen el aparato judicial y por lo tanto impiden a otras personas acceder a la administración de justicia, causando simultáneamente daño al interés general.*”³⁰ Quizás es uno de los puntos, que con el uso de las medidas cautelares ha generado mayores reivindicaciones en el proceso, *per se*, en la misma Justicia, ya que estas persiguen un propósito constitucionalmente relevante, como es asegurar la efectividad de la sentencia, es así como estas, garantizan e irrogan protección real de derechos, lo que imprime eficacia práctica al proceso, eficacia que solo logra expresarse por la celeridad con que logran materializarse las disposiciones judiciales contenidas en las sentencias.
- d) **Que se produzca una sentencia de mérito, válida y más que esto útil.** vale decir idóneas para proteger los derechos afectados, la decisión debe ser justa, poner fin al litigio, pero se viola el derecho de acceso a la administración de justicia, si muy a pesar de la sentencia, las cosas siguen siendo iguales. Es decir que con la sentencia se transforme la realidad que conlleva a la disputa de

²⁸ Colombia, Corte Constitucional, La Sala Plena, Sentencia C-143 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente. Expediente D-193.

²⁹ VARGAS, SILVA, Luis Ernesto. *Una mirada constitucional al proceso civil*. En: Colección Monografías 2012, Volumen 21. p. 35.

³⁰ Colombia, Corte Constitucional, La Sala Plena, Sentencia C-543/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente. Expedientes D-056 y D-092.

derechos entre asociados.³¹ En este apartado, subyace explicar que la instrumentalidad incurra en las medidas cautelares se manifiesta en la garantía de un derecho objetivo, en impedir la modificación de una situación de derecho o de hecho y asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluya la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado³².

- e) **Derecho a la ejecución de la sentencia en firme.** Que se produzca una sentencia de mérito conforme al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal. Pero más que esto, no se puede hablar de garantías frente al acceso a la administración de justicia, si el Estado no hace lo necesario, para que se materialice la decisión tomada por el juez. Así, de manera simple pero contundente, puede afirmarse con Zavala Baquerizo que el objeto de la tutela cautelar judicial es la realización completa del derecho³³. Así mismo, en varias oportunidades la Corporación Constitucional se ha valido del derecho internacional para señalar que, el cumplimiento de las medidas cautelares presentan como finalidad garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de sus bienes o de las obligaciones.³⁴

El fundamento último del derecho de acceso a la administración de justicia, radica en los términos de la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, en obtener del Estado una solución justa a los conflictos que surgen en sus relaciones ínter subjetivas, solución dada por un ente con capacidad jurídica, que sea ante todo imparcial, y por sobre todo la resolución de los conflictos debe ser definitiva y justa³⁵, y para que esto sea así debe darse en un plazo razonable que además contemple un momento procesal definitivo en el que con certeza las resoluciones que se profieran sean aptas para la concreción de los derechos³⁶.

De manera más compendiada, siguiendo la misma línea jurisprudencial esbozada, se ultima que el objeto de las medidas cautelares reside en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar

³¹ Colombia, Corte Constitucional, La Sala Séptima de Revisión, Sentencia No. T-172 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-16336.

³² Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-540 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. Expediente T D-1667.

³³ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge E., *El proceso penal*, t. III, 3ª ed., Bogotá: Editorial Edino, 1990. pp. 155-157.

³⁴ Colombia, Corte Constitucional, La Sala Plena, Sentencia C- 1064 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-2793.

³⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-351 de 1994, M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA, Expediente D- 503.

³⁶ Colombia, Corte Constitucional, La Sala Plena, Sentencia C-543 de 1992. Óp. cit.

afectado por la demora en la decisión judicial³⁷; sintetizando esto en la siguiente infiera reflexión, el sistema de tutelas cautelares procesales garantizan la efectividad, ejecutividad (firmeza) de las resueltas en la sentencia, al punto de que sin este el proceso resultaría una quimera.

Una vez planteado lo anterior, se concluye que la realización de las garantías referenciadas se vivifican mediante la aplicación y ejercicio de las cautelas procesales, las cuales en su totalidad corresponden a una efectiva manifestación de los valores del Estado constitucional, como lo señala Menéndez Pérez,³⁸ *el Estado de derecho se asienta cuando se logra la realización del derecho fundamental a la obtención de tutela judicial efectiva para cuya preservación, frente al mal endémico de la larga duración de los procesos, resulta imperativo que el compromiso del juez con los derechos fundamentales se evidencie con la aplicación de las medidas cautelares*; con fundamento a lo anterior, la demora en la tramitación en los procesos judiciales se enerva como *desiderátum* principal para la previsión de mecanismos capaces de garantizar el cumplimiento efectivo de las decisiones judiciales adoptadas, ya que se ha demostrado que el afectado por una prohibición puede adelantar acciones que permitan poner a buen recaudo sus bienes y colocarlos por fuera del alcance de la justicia o tomar medidas para que la sentencia que le sea adversa resulte imposible de ejecutar, así razonadamente los distintos ordenamientos jurídicos han instituido dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o al derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana, y esos dispositivos no son otros que las medidas cautelares, mediante los cuales el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, en aras de responder a los principios de una justicia material, consiguiendo el acatamiento y guarda a la decisión judicial. Así mismo, el tiempo que transcurre en la iniciación del proceso y emisión de la sentencia se muestra como la oportunidad propicia para la ocurrencia de hechos que dificulten en gran medida el cumplimiento de lo decidido, ese peligro entendido como las circunstancias que obstaculizan la realización de una sentencia, impone la necesidad de ordenar medidas cautelares, por consiguiente resulta de extrema conveniencia la realización e implementación de dispositivos procesales que oportunamente contraataquen las maniobras encaminadas a impedir la eficacia de la decisión, dispositivos que centran su objeto en la especial protección de derechos, bajo esta premisa se abre paso al uso de dichas medidas desde la apertura del trámite procesal o incluso desde antes, para imposibilitar cualquier actuación capaz de entorpecer el cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales. Es bien sabido que la

³⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente. D- 3271.

³⁸ MENENDEZ PÉREZ, Segundo. “El proceso contencioso administrativo como instrumento de control de las administraciones públicas y el derecho de los ciudadanos a la justicia administrativa efectiva”, En: *Cuadernos de Derecho judicial XII 2003*. Constitución y control de la entidad administrativa, Consejo general del Poder Judicial, Madrid: 2004. P. 196.

excesiva solución de los pleitos no solo generan justicia tardía, sino que algo aún más grave. Justicia ineficaz.³⁹

En colofón, las tutelas cautelares conforman parte integrante del contenido constitucional protegido del derecho de acceder a la justicia, un acceso que devengue en la efectividad del contenido sustancial de las sentencias, coadyuvándose así mismo la conquista de un equilibrio procesal, que en últimas es la finalidad del sistema procesal, incluido como forma de legitimación estatal. En este orden de ideas, resulta pertinente argüir la correspondencia del régimen de la tutela cautelar judicial con seguridad jurídica, esta última concentra cumplimiento, verdad y justicia⁴⁰

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE LAS TUTELAS CAUTELARES PROCESALES

Indudablemente la denominación de cautela presenta multiplicidad de acepciones, las cuales concuerdan en la precaución o seguridad de lo que se quiere proteger o se pretende cubrir con el poder jurídico que la ley profiere, así el verbo cautelar referencia una medida destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo.⁴¹ Otros autores como López Peñaranda define las medidas cautelares como actos procesales autónomos que sirven para afianzar las resultas de una decisión que se vaya a tomaren el proceso, es decir, son aquellas que tiene un carácter principalmente asegurativo.⁴² Otro significado corresponde, al remedio arbitrando por el derecho para obviar de alguna manera los riesgos de la duración temporal del juicio en orden a su eficacia, concepto del doctor Ramos Méndez.⁴³

Por otro lado en armonía con las normas internacionales, es pertinente traer a colación el artículo 1 de la convención interamericana sobre el cumplimiento de medidas cautelares, articulado que dispone que las expresiones, medidas cautelares, medidas de seguridad o medidas de garantía son equivalentes cuando se utilizan para indiciar todo procedimiento o medio que tiendan a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro; tal normatividad permite colegir la importancia pragmática circunscrita en las cautelas procesales, ya que son concebidas en los diferentes ordenamientos jurídicos, tanto de culturas jurídicas continentales europeas y en las propiamente anglosajonas, como instrumentos que irrogan verdadera idoneidad y efectividad a los procedimientos judiciales, finalidad compartida por el doctrinante

³⁹ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal*. Tomo II. Procedimiento civil. Quinta ed. Bogotá D.C.: Editorial ESAJU. 2013. P.p. 435 – 340.

⁴⁰ VARGAS, SILVA, Luis Ernesto. *Óp. Cit.*,

⁴¹ CARNELUTI. Fráncico, *Instituciones del Nuevo Proceso Italiano*, traducción de Jaime Guasp Delgado, Barcelona: Bosh, 1942, P. 62.

⁴² LÓPEZ. PEÑARANDA, Gerardo. *Extinción del dominio, alterabilidad y medidas cautelares en el proceso penal*. Bogotá D.C.: Librería Jurídica Radar Ediciones. 1998, pp. 7 – 8.

⁴³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*. T.II, Barcelona: Bosh, 1997. P. 723.

Chinchilla Marín, ya que este las designa como, *el instrumento útil para evitar el peligro de que la justicia pierda su eficacia, las cuales permiten alcanzar que el derecho declarado en la sentencia se materialice íntegramente.*⁴⁴

Por las designaciones *et supra*, se destaca que con las medidas cautelares se protege la probabilidad de un poder jurídico radicado en cabeza del interesado. En análogo comedimiento, la corte Constitucional ha considerado que las medidas cautelares son actos o instrumentos propios del proceso mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las medidas necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material o para su defensa a lo largo del proceso.⁴⁵ Con posterioridad y en forma más detallada, esta misma corporación ha dicho: *que las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, que ejecutan sobre personas, bienes y medidas de prueba para mantener respecto a estos un estado de cosas similar al que existió en el momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la prohibidencia e impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho sustancial se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin.*⁴⁶

Por su parte la doctrina ha continuado esta línea de pronunciamientos, en esa medida, López Blanco señala que, las medidas cautelares son providencias que, de oficio o dispositivamente, adopta el juez, tendientes asegurar el cabal e íntegro cumplimiento de las determinaciones judiciales.⁴⁷

Finalmente CALAMANDREI, habla de medidas conservativas y de medidas innovativas, mediante las primeras se trata de evitar u obstaculizar una modificación de la situación preexistente que impida u obstaculice la ejecución, las segundas se dirigen a generar una modificación en el estado de cosas, cuando ello es necesario para asegurar la eficacia práctica de la sentencia. Las dos clases de medidas intentan asegurar la efectividad de la resolución principal, pero difieren en el aspecto objetivo y subjetivo de la eficacia respectivamente.⁴⁸

Sin embargo otros autores como COUTURE⁴⁹ instauran el termino de *sentencias cautelares*, debido a la variada terminología de estas se llaman indistintamente, providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, acciones preventivas, medidas cautelares, resoluciones cautelares, tutelas cautelares, etc., que permiten prever un tinte caliginoso en su nominación respecto de

⁴⁴ CHINCHILLA. MARÍN, Carmen. Op. cit.,

⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-431 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara. Expediente. D - 870

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-925 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente. D-2407

⁴⁷ LÓPEZ. BLANCO, H.F. Op. Cit., P. 1071.

⁴⁸ CAMALANDREI, Piero. *Providencias Cautelares*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1964. P. 737.

⁴⁹ COUTURE. Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª, Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1992. P.P. 320 – 325.

lo cual cabe aclarar que la diferencia que pueda existir entre providencias y sentencias o resoluciones corresponde a las modalidades de cada derecho positivo; dadas estas circunstancias corresponde asentar el vocablo de providencias por su espectro legal extensivo, ya que abarca indistintamente a toda clase de resoluciones judiciales. Así mismo, la determinación de medidas, dispositivos, tutelas, arriban al carácter instrumental esencial de las cautelas.

2.1. Clasificación de las medidas Cautelares

Exacerbadas tales acepciones, que bucean una aproximación conceptual al divergente régimen de las cautelas procesales, es conveniente proceder a señalar la clasificación de estas mismas, a la luz de un cotejo de derecho comparado, de esta forma el sistema de las medidas cautelares se muestra bastante disperso ya que han sido clasificadas bajo disimiles criterios,⁵⁰ ya sea atendiendo al tratamiento legal que reciben, o al efecto inmediato que producen, o al objeto sobre el cual recaen. Por el primer criterio se les clasifica nominadas e innominadas, según que estén o no expresamente señaladas y reguladas en el ordenamiento; por los efectos que producen se distinguen en conservativas e innovativas, capaces de producen una modificación provisoria en la situación preexistente o mantienen tal situación y por el objeto sobre el cual recaen, se clasifican en reales y personales, dependiendo si se practica sobre bienes o personas. Por otro lado CARNELUTI⁵¹ consigna la siguiente categorización, a) proceso cautelar inhibitorio, b) proceso cautelar anticipatorio y c) proceso cautela restitutoria.

Siguiendo la perspectiva del código general del proceso, las cautelas se pueden ordenar a instancia de parte o de oficio, dependiendo si para ordenarlas se necesita de solicitud del interesado; también en medidas intraprocesales o extraprocesales, según el escenario en que se haya que practicarse.⁵²

Expuestas estas clasificaciones, yace hacer especial brevedad en las medidas cautelares innominadas, las cuales emanan como respuesta de las apremiantes necesidades de justicia de la sociedades modernas, logrando instituir instrumentos tendientes asegurar la efectivización de los derechos en la ley sustancial indicando ello, el establecimiento de tendencias de raigambre activista judicial⁵³ en códigos procesales, abrogando facultades a los jueces para decretar medidas cautelares innominadas, verbigracia, el artículo 700 del código procesal civil italiano de 1940, el artículo 938 del código procesal civil alemán, los artículos 83 a 93 del código procedimiento civil de la república federativa soviética de Rusia, el artículo 15 del código de procedimiento judicial sueco, así como el artículo 760 del código de procedimiento civil japonés, de igual forma en los estados unidos de Norteamérica mediante la utilización de las

⁵⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Pruebas Judiciales". Compendio de Derecho Procesal. Sexta Edición. Tomo II. Bogotá. Edición ABC. 1979. P. 178.

⁵¹ CARNELUTI. Fráncico. Op. cit., P.P. 83 – 90.

⁵² ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Op. cit., P. 439.

⁵³ Colombia, Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. sentencia T-406/92 M.P. Ciro Angarita Barón. Expediente: T-778

figuras del *injuntion* y *contempt of court* se articula la adopción de medidas cautelares innominadas, también el artículo 998 del código de procedimiento civil brasilero, el artículo 232 del código procesal civil y comercial de argentina, finalmente el artículo 590 del código general de proceso colombiano; disposiciones procesales que comprenden un sistema de medidas cautelares no taxativos, ya que la experiencia demostró que no siempre el legislador puede proveer las posibilidades infinitas que la realidad presenta, y por ello, en ocasiones los mecanismos cautelares tradicionales no resultan efectivos para obtener los propósitos de aseguramiento que se requerían, estas circunstancias provocaron que los ordenamientos procesales modernos incorporaran en sus articulados normativos las medidas cautelares genéricas.

Uno de los primeros referentes de estas se encuentran en la ordenanza procesal austriaca e 1896 en la cual se manifiesta que: “*delinear casos específicos y detallados de estas medidas sería renunciar a ofrecer la ley los medios para atender a todas las necesidades que puedan surgir de la variedad de la vida y del concurso fortuito de circunstancias deversas*”.⁵⁴ Este referente histórico concluye que, una taxativa fijación de cautelas procesales puede fácilmente, en muchos casos, frustrar el propósito del instituto y el juez podría llegar a encontrarse en una desagradable posición: la de tener que permanecer impedido de actuar y no poder proveer a las necesidades cautelares, sino con medios inadecuados.⁵⁵

2.3. Características principales de las Cautelas procesales

En cuanto a los rasgos característicos de las medidas cautelares, tanto nominadas como inominadas, se aglomeran los siguientes:

- **Jurisdiccionalidad:** Partiendo del estribo de la eficacia de la función jurisdiccional del estado radica en la utilidad que reporten las cautelas procesales, es ineluctable que su determinación y practica se encomiende exclusivamente a quienes ejercen dicha función, en este pretexto el estado ejercita su función jurisdiccional, al converger con las medidas cautelares un ecuaníme *thelos*, la efectiva actuación del derecho.⁵⁶

A partir del reconocimiento de esta característica a corte constitucional ha abrogado la práctica de estas, alcaldes, funcionarios de policía, entidades administrativas, en concordancia con el mandato de colaboración con la rama judicial, sin embargo esta corporación ha sido efectiva en que es al legislador al que le corresponde establecer las condiciones en que los particulares pueden excepcionalmente cumplir con la función de administrar justicia, es el caso de los árbitros.⁵⁷

⁵⁴ CONIGILIO, Antonio. *Sui provvedimenti cautelari innominatu*, Estudios en honor de ENRIQUE RENDENTI, V.1, Minalo (Italia): Editorial Giuffrè. pp. 321 – 322.

⁵⁵ FABREGÁ, Jorge. Op. Cit., P. 229.

⁵⁶ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El proceso civil colombiano*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2003, P.P. 358 – 360.

⁵⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-431 de 1995. Op. Cit.,

- **Instrumentalidad:** las tutelas cautelativas indefectiblemente buscan la materialización de una decisión jurisdiccional, con independencia que la práctica de aquella anteceda o sea concomitante o subsiguiente a la actuación procesal. En esta característica es necesario discutir si estos instrumentos procesales presentan carácter autónomo o dependiente del proceso principal, la tendencia más reciente parece inclinarse en favor de la autonomía, ya que esta constituye verdaderos medios de garantías, son tutelas mediatas que sirven para garantizar la eficacia del funcionamiento de la administración de justicia;⁵⁸ empero otros autores defienden la medida cautelar como un medio al servicio jurisdiccional, es decir, del instrumento que es el proceso, de forma que este último se convierte en un presupuesto de aquella, ahora bien, si se solicita y se obtiene la medida con antelación al proceso principal, la demanda de esta medida se convierte en una condición de subsistencia.⁵⁹ En suma la cautela se instrumentaliza en función de la pretensión hecha valer, anticipando o asegurando la continuación de la ejecución en el caso de éxito de la demanda⁶⁰

- **Provisionalidad:** La vigencia de una medida cautelar, es por su naturaleza, transitoria, la medida no es perpetua esta llamada a expirar; característica designada por la corte como contingencias, en la medida en que son susceptibles de modificarse o suprimirse a voluntad del beneficiado con ellas o por el ofrecimiento de una contragarantía por el sujeto afectado y, desde luego, cuando el derecho es discusión no se materializa; como consecuencia ellas se mantienen mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que le dieron lugar a su expedición.⁶¹

- **Sumariedad:** La realización de la medida se fundamenta en un conocimiento sumario o una apariencia del derecho y generalmente sin oír a la parte contraria, punto bastante álgido entre la finalidad de la cautela y el respeto por el debido proceso.⁶² Aunque no se encuentra una posición jurisprudencial única frente a la tensión en cuestión, la corte ha señalado que la práctica de medidas cautelares no vulneran el debido proceso en función del propósito inserto en estas, como es de asegurar la efectividad de la sentencia, previniendo que el demandado pueda intentar sustraerse de los efectos de un fallo adverso⁶³.

- **Urgencia:** dada la imposibilidad de obtener la protección por otros medios debido a la eminencia del peligro que podría provocar un daño en el derecho o la situación por la cual recae la medida, se respalda la adopción de las tutelas cautelares procesales; la urgencia significa inmediatez, es decir, la rapidez necesaria para conjurar el peligro de insatisfacción del derecho de quien solicita la aplicación de la medida, de ese mismo modo se ha avalado la urgencia en las medidas cautelares, al manifestar que los

⁵⁸ CHINCHILLA. MARÍN, Carmen. Op. Cit., P. 32.

⁵⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-431 de 1995. Op. Cit.,

⁶⁰ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Op. Cit., P. 724.

⁶¹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-187 de 1999. M.P. Martha Victoria Sachica De Moncaleano. Expediente. L.A.T.-121

⁶² SALAMANCA. MOLANO, Guillermo. Ob. Cit., P. 297.

⁶³ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-490 de 2000. Op. cit.,

ordenamientos jurídicos existen en gran medida como un reconocimiento de las imperfecciones del ser humano, que hace necesaria la imposición coactiva de ciertos comportamientos y del cumplimiento de determinadas obligaciones, precisamente porque es necesario pensar que algunas personas están dispuestas a no acatar esas pautas normativas⁶⁴.

- **Mutabilidad:** Las medidas no son inalterables, son susceptibles de revocación, modificación o transformación, sujeta a las circunstancias que propiciaron su decreto, y su extinción depende del cumplimiento oportuno de las cargas procesales⁶⁵.

- **Preventividad:** Se traduce en la protección de un derecho sustancial o de una situación jurídica del daño que pueda sobrevenir sobre el retardo en el cumplimiento eficaz de la justicia.⁶⁶ Así, el objeto de las cautelas consiste en eliminar la posibilidad de un daño o impidiendo que por acción u omisión se produzca el daño temido; de esta manera, el peligro se previene con el ejercicio oportuno del remedio, que deriva de la aplicación de un efectivo instrumento que contraataque preventivamente el daño ocasionado⁶⁷.

2.4. Presupuestos sustanciales de las medidas cautelares

Las distintas legislaciones procesales supeditan la aplicación y práctica de las cautelas a la calificación de los siguientes condicionamientos, siendo provechoso aclarar que tal calificación ha sido deferida por regla general al legislativo y paulatinamente se ha venido abrogando tal facultad al juez. El honorable tribunal constitucional, ha tomado importantes referencias de la doctrina extranjera para indicar cuales son esos presupuestos sustanciales, a saber:

- **Verosimilitud del derecho o apariencia del buen derecho (*fumus bonis juris*):** Denuncia la presentación del derecho invocado con fundadas probabilidades de éxito en la sentencia de fondo, al menos en apariencia, con ello se exige, la demostración por parte del peticionario de la probable existencia del derecho, aunque no de su certeza, pues por razón de la urgencia no habla lugar más a un examen superficial.⁶⁸ Entonces, la medida se concede no porque quien la solicita ostente un derecho indiscutible, sino porque en principio su petición aparece como tutelable, mediante el otorgamiento de la medida cautelar; en otras palabras el solicitante debe acreditar la necesidad de acudir

⁶⁴ *Ibid.*,

⁶⁵ SALAMANCA. MOLANO, Guillermo. Op. cit., P. 297

⁶⁶ LÓPEZ PEÑARANDA, Gerardo. Op. cit., P. 9.

⁶⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1007 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente. R.E.121

⁶⁸ HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*. Caracas: Vadell Hermanos, 1997. p. 24.

al proceso, probando sumariamente alguna existencia y exigibilidad de la responsabilidad jurídica del demandado.⁶⁹

De forma, que para calificar la procedencia de las medidas cautelares se debe hacer un examen preliminar que permita calcular que tantas probabilidades de éxito tiene la pretensión a la cual le deberán de servir, determinando si la utilidad de la medida es mayor o menor que el perjuicio que pueda ocasionar;⁷⁰ se trata de acreditar una apariencia de buen derecho, sujeta a un juicio de verosimilitud y probabilidad,⁷¹ en esa evaluación se demanda una actividad probatoria por parte del solicitante de la medida, en todo caso su declaración resulta de una cognición limitada por parte del juez, el cual debe contar con elementos de prueba solidos que razonablemente puedan respaldar su decisión de adoptar y practicar las medidas cautelares, pues de otra manera su decisión se tornaría arbitraria y justificada transgrediendo los principios irrestrictos del Estado social de derecho.⁷²

Tal presupuesto impide el ejercicio abusivo de la medida, ya que existe ineludiblemente una base solidada para obrar de conformidad con esa presunción. En el derecho comunitario ha sido entendido tal condicionamiento como el deber de evaluar sin prejuizar la probabilidad de la procedencia del proceso principal⁷³.

- **Existencia del peligro (*periculom immoral*):** También considerado por cierto sector de la doctrina como el riesgo por la demora del trámite, y se explica en la posibilidad de que un daño se presente como consecuencia de un hecho natural o humano en contra de los intereses sustanciales o procesales del solicitante, riesgo que proviene de la demora propia de tramitación del proceso, ya que el tiempo que transcurre en la apertura del proceso y la emisión del fallo se muestra como la oportunidad propicia para la ocurrencia de ciertos hechos que trunquen el cumplimiento de lo decidido, convirtiéndose la sentencia en una simple hoja de papel dada la imposibilidad de su ejecución. En efecto el peligro que constituye el fundamento del instrumento cautelar no es otro que la demora del proceso a su terminación.⁷⁴

Lo expuesto induce a pensar en la necesidad de practicar las medidas cautelares oportunamente, antes que el eventual afectado pueda realizar manobras encaminadas en el impedimento de aquellas.⁷⁵ En similar desarrollo la corte constitucional señaló que el plazo que ocupa la tramitación de un proceso propicia la afectación de los

⁶⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería. Expediente. D-3389

⁷⁰ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *Teoría del Proceso*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2002, P. 222.

⁷¹ CAMALANDREI, Piero. Op. cit., P. 77

⁷² Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1007 de 2002. Op. cit.,

⁷³ PASTOR BORGONON, Blanca y Van Ginderachter, Eric. *El procedimiento de medidas cautelares ante el tribunal de justicia y el tribunal de primera instancia de las comunidades europeas*, Madrid: Civitas, 1993. pp. 86 – 89.

⁷⁴ QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. Op. cit., P. 33.

⁷⁵ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *Teoría del Proceso*. Op. cit., P. 223

derechos litigiosos, *per se*, hace ineficaz e incierto su protección, en cuanto que la duración del mismo, estos derechos pueden resultar afectados por factores exógenos. Por consiguiente, este tribunal agrega que, ante la posibilidad real de contar con una justicia inmediata se han implementado en la mayoría de los estatutos procesales del mundo, incluido el nuestro, la llamadas medidas cautelares, preventivas o innovativas,* las cuales persiguen el equilibrio procesal y salvaguardan la efectividad de la acción judicial, garantizando con ello los derechos de igualdad y acceso a la administración de justicia; derechos que se hace nugatorios cuando la función jurisdiccional no se muestra eficaz y protectora⁷⁶.

Así pues, para que la medida cautelar sea decretada, ese peligro se concreta en la potencia o idoneidad de un hecho para ocasionar el fenómeno de la pérdida o disminución de un bien, o el sacrificio o la restricción de un bien jurídico, el cual no debe ser considerado con relación a la situación que crea la decisión definitiva, sino con el evento, causan del daño⁷⁷. En corolario, debe existir un vínculo jurídico directo entre el posible efecto dañoso y el evento natural o humano que dificulte la ejecutividad, la firmeza o el incumplimiento de lo decidido.

Desprendiéndose que la medida cautelar tiene sentido si hay un derecho que necesite protección provisional y urgente, a causa de un daño producido o de amenaza inminente de que se produzca, mediante se tramita y se lleva a ultimo termino el proceso; este peligro es el que cautelarmente trunca el objeto del proceso;⁷⁸ lo que bien es señalado por la corte que, *estas herramientas persiguen evitar, por lo menos de manera inmediata y de forma provisoria que se prolongue el desconocimiento del ordenamiento jurídico vulnerado en apariencia*, lo cual ha sido definido por la doctrina como una medida para conjurar el *periculum in mora*⁷⁹. En este apartado se exige una actividad probatoria por parte del solicitante, dirigida a demostrar que los daños son realmente irreparables o incluso irreversibles;⁸⁰ en todo caso, el fallado siempre tendrá la obligación de determinar cuando el derecho o la situación jurídica corren peligro por la mora judicial⁸¹

- **Urgencia:** En primera medida se explica que este presupuesto no es compendiado por todos los autores, sin embargo se acredita su importancia en la medida que describe la no residualidad de la cautela, es decir, es la imposibilidad de lograr la

* A las medidas cautelares innovativas también se denominan anticipatorias o santificativas, en cuanto que su práctica implica un especie de satisfacción anticipada de la pretensión, porque producen una alteración provisoria de la situación original.

⁷⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-925 de 1999. Op. cit.,

⁷⁷ FABREGÁ, Jorge. Op. Cit., pp. 38 – 39.

⁷⁸ CAMPO CABAL, Juan Manuel. *Perspectiva de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 1997, P. 49.

⁷⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-379 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Expediente. D-4974.

⁸⁰ *Ibid.*,

⁸¹ GARCIA SARMIENTO, Eduardo. *Medidas cautelares. Introducción a su estudio*. Bogotá D.C.: El foro de la justicia. 2005, P. 21.

finalidad de prevención por medio diferente a la de la medida cautelar.⁸² Por su parte el juez debe establecer la urgencia respecto del derecho que se invoca, en las reglas jurídicas pertinentes y conforme a las afirmaciones de afección que alega el solicitante, siendo que si el derecho sustancial está asegurado o existe otro medio menos gravoso de asegurarlo, *ergo*, la medida de ser denegada. En el derecho comunitario también encontramos la urgencia como presupuesto condicional a la proseabilidad de las medidas cautelares, la cual debe apreciarse con relación a la necesidad que exista de pronunciarse provisionalmente, a fin de evitar que la parte que solicita la medida provisional se le ocasione un perjuicio aun mayor del que por su calidad de demandante recobra.

- **Interés público:** La procedencia de la medida impone ponderar la irreversibilidad del daño, del solicitante frente al daño que pueda llegar a sufrir el interés general y equilibrar esos intereses encontrados; esto dependerá de la mayor o menos ostensibilidad y claridad con que se acredite el derecho invocado.⁸³

- **Contracautelas:** Son garantías propuestas para precaver las consecuencias nocivas que puedan derivarse de la actuación o situación procesal, estas sirven para evitar la materialización de actuaciones cuyas actuaciones adversas pueden ser graves.⁸⁴ Así mismo, dado que la adopción de medidas cautelares pueda afectar el ejercicio de derechos y, por consiguiente, ocasionar perjuicios los cuales abran de ser resarcidos si el afectado con las medidas no estaba racionalmente obligado a sufrírselos. Si bien las contracautelas o también llamadas cauciones no son consideradas en sí como presupuestos sustanciales de las medidas cautelares, se revela que, así como se adopta medidas para garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia cuyo contenido se prevé, también es bueno tomarlas para asegurarle al afectado el pago de la indemnización a que tiene derecho si la sentencia no resulta como se había previsto, consagrando una finalidad correlativa a la de las cautelas procesales.

La utilidad de estas, descubre un régimen eficaz de medidas cautelares, pues el riesgo de causar un daño injustificado se sopesa en buena medida con la garantía de su resarcimiento oportuno, reduciéndose por tanto el temor de quedar indemne un daño injustificado⁸⁵.

3. PROPUESTA

En primera instancia yace la problemática especial de la taxatividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, de esta forma se arribará a la extensión de las cautelas procesales innominadas de los procesos civiles a los procesos

⁸² SALAMANCA MOLANO, Guillermo. Op. cit., P. 283.

⁸³ CAMPO CABAL, Juan Manuel. Op. cit., P.P. 54 – 58.

⁸⁴ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El proceso civil colombiano*. Op. cit., p. 367.

⁸⁵ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *Teoría del Proceso*. Op. cit., P.P. 226 – 227.

contenciosos administrativos; tal extensión se sustenta en la libertad que debería tener el juez para otorgar aquellas medidas cuyo discernimiento y cognición le indique que son las más convenientes, apropiadas e idóneas, comprendiendo tanto las que tienen efectos conservativos como aquellas con efectos innovativos, a consideración de los grandes avances y progresos proferidos en la incorporación de normas en las leyes de procedimiento que facultan al juez o a los distintos órganos jurisdiccionales la adopción de cautelas que considere necesarias y pertinentes en aras de garantizar la efectividad de las sentencias y con ello, lograr la reivindicación procesal, tan anhelada por la mayoría de los teóricos, dogmáticos y excelsos procesalistas. Ahora bien, se propone esta extensión en los procesos contenciosos administrativos porque en estos nuestra legislación únicamente ha reconocido como medidas cautelares típicas y nominadas, omitiendo contemplar protección cautelar respecto de las decisiones de la administración que deniegue la solicitud de los administrados o aquellas que prohíban el desarrollo de alguna actividad.

Seguidamente, para proponer alternativas viables frente a este caliginoso problema, que funda la afectación a la tutela jurisdiccional efectiva, se debe abordar perspectivas que involucren los derechos individuales de los accionantes y el interés general, justificado en la preservación de la seguridad jurídica y el fortalecimiento del *status quo actione* inherente de un estado social, democrático y constitucional de derecho. Conviniendo recordar que para que la seguridad jurídica no sea una quimera, es imperante que los derechos sustanciales reconocidos por el ordenamiento jurídico, puedan efectivizarse, en palabras de ZAGREBELSKY, se vivifiquen, aun en contra de aquellos que pretendan desconocerlos o controvertirlos, concentrando la coacción de los aparatos jurisdiccionales, cuyas actuaciones se reputan eficaces mediante la aplicación de medidas cautelares innominadas.

De esta forma el proceso contencioso administrativo como herramienta de control de las administraciones públicas y el derecho de los ciudadanos a la administración de justicia efectiva no puede ser ajeno a los postulados principialistas⁸⁶ de los procesos civiles, que consagran al proceso instrumento de justicia, *per se*, la ausencia de las medidas cautelares innominadas en los institutos administrativos denudan el incumplimiento por parte del estado de su deber de garantizar a sus administrados la materialización de los efectos de las sentencias deber inserto en el alcance fundamental del principio de la tutela jurisdiccional efectiva, ya que este, como se ha expuesto en prolegómenos iniciales, este no solo comprende el derecho a la jurisdicción (derecho de acción) y el debido proceso, sino que se extiende a la eficacia y ejecutividad de las decisiones judiciales.

Por lo expuesto, la ley debe proporcionar a los justiciables, un régimen de tutelas cautelares que les aseguren los efectos de las sentencias para que sus intereses no se vean burlados después de un proceso dispendioso y dilatado, de manera que cuando

⁸⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid; Civitas. 1983, P. 301.

el conflicto con el estado sea finalmente resuelto por medio de una sentencia, está todavía tenga vigencia y genere una sensación de justicia en sus destinatarios. En este mismo sentido si la razón de ser de las medidas cautelares es evitar la consumación de un daño jurídico producto de la pasmosa lentitud operativa del sistema judicial, el panorama es desalentador en el proceso contencioso administrativo, ya que para este se ha previsto un régimen cautelar judicial restrictivo, que a pesar de la existencia de mecanismos constitucionales de protección especial de los derechos fundamentales – acción de tutela – los administrados que se ven abocados acudir por la vía judicial ordinaria a la jurisdicción contenciosa administrativa no disponen de medidas distintas a las indicadas al artículo 230 de la ley 1437 del 2011.

La insuficiencia de este régimen cautelar nominado, es incapaz de hacer frente a la inactividad de la administración o la denegación por parte suya de las peticiones que se hayan aducido ante ella, máxime si se tiene en cuenta los progresivos incrementos en la congestión en los procesos tramitados en esa jurisdicción especializada. Si bien se han adoptado mecanismos que han contribuido a disminuir el atraso y la mora judicial, es ineluctable la existencia de medidas cautelares innominadas que complementen los deberes judiciales, reactivando la función jurisdiccional del estado, e irrogando a los ciudadanos de dispositivos procesales que aseguren el cumplimiento de lo dispuesto en las prohibencias judiciales; estas medidas son entonces, un requerimiento imperioso en aras de no solamente de garantizar la eficacia de las decisiones en el interés de los accionantes sino, trascendiendo esos intereses individuales como una forma de preservar la seguridad jurídica, la cual debe entenderse como elemento indispensable para el desarrollo de un país.

Reiterando, que las medidas cautelares aportadas por el CPACA son insuficientes para satisfacer plena e integralmente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva pues carecen de eficacia frente a actos de limitación negativos, como la denegación de una licencia, cuando lo que se pretende de la administración es una actuación positiva, *ergo*, es inexorable la exigencia de otros instrumentos de protección cautelar de los derechos de los administrados frente a la inactividad de la administración o actividad arbitraria en sin número de situaciones.

Nuestro sistema jurídico que en paralelo con el Francés, el Alemán, e incluso el Italiano, ha mantenido la tradicionalidad del régimen cautelar, soslayando directamente a la justicia, ya que en muchas ocasiones el contenido de la sentencia se ha hecho ilusorio, en este punto, ante la enfermedad del incumplimiento sistemático de las sentencias, el profesor Manuel Restrepo Medina expone que las medidas cautelares innominadas o innovativas actúan como una serie de medicina, por ello, los tribunales no deben contentarse con solo decir el derecho, sino que también, deben asegurarse que lo dicho en el papel de la sentencia o en la resolución se traduzca en la realidad de los hechos, en efecto de nada sirve obtener un sentencia favorable, cuando en la realidad de los hechos esa sentencia no se ejecutará, la sentencia no es una hoja de papel sin ningún valor jurídico que demande su cumplimiento o ejecución ni tampoco

es una hoja de papel para envolver pescado; de manera que, la única alternativa que busque la materialización de una sentencia judicial recae en las tutelas cautelares innominadas, y es allí donde se relata el impacto del *référé* administrativo (figura del derecho francés), procedimiento por medio del cual a petición del interesado se adopta cualquier medida útil, en caso de urgencia, siempre que no haya prejuzgamiento y que obviamente obre un asunto en litigio, efigie que puede ser de utilidad para definir un marco amplio e innominado de las medidas cautelares dentro de los procesos contencioso administrativos. En igual sentido, la legislación alemana dispone las ordenes provisionales –*einsrweilige Anordnungs*–, medidas que pueden dictarse cuando exista peligro de que un cambio de las circunstancias presentes pueda malograr o dificultar sustancialmente el derecho del interesado o cuando sea necesaria una regulación provisional para prevenir prejuicios sustantivos o evitar daños. Así mismo, el caso italiano demuestra un gran avance, al disponer que el juez pueda dictar medidas positivas de sustitución de medidas arbitrarias de la pretensión del accionante por parte de la administración.

Todo lo anterior, hace inadmisibles la no extensión de las medidas cautelares innominadas a estas clases de procesos, suponiendo por tanto, una degeneración anticipada y sin remedio de justicia, completamente en contravía de los postulados consagrados en el artículo 2 de nuestra Carta Magna. Por su parte en el ordenamiento español, también se encuentra refugio de la aplicabilidad de un régimen de un sistema atípico de medidas cautelares, así en la ley de enjuiciamiento civil se contiene una cláusula abierta que permite al juez adoptar las medidas que según las circunstancias fueran necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que llegare recaer en juicio.

En pero, si bien existe la revisión genérica del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, al código general del proceso para la regulación de aquellos aspectos no contemplados por aquel y que siempre que sean compatibles con la naturaleza de los procesos y actuaciones que se tramitan en esta jurisdicción especializada, el CPACA no contempla una cláusula abierta o general como la que trae la ley 1564 del 2012, limitándose a establecer como medidas cautelares las enlistadas en el artículo 230 ya mencionado. En tal virtud, la necesidad de arbitrar, medidas que proporcionen una protección adecuada al titular del derecho reclamado judicialmente y asegure la total efectividad del pronunciamiento judicial que en definitiva se adopte, hace que la tutela cautelar judicial innominada se imponga como mecanismo idóneo para satisfacer plenamente el derecho iusfundamental de obtener una tutela jurisdiccional efectiva, *per se*, el legislador colombiano debe proporcionar esas medidas en procura de evitar el estado de indefensión de los administrados cuando se enfrentan a actos de la administración negativos o inicuos. Obviamente, medidas caracterizadas por la instrumentalización, la provisionalidad y la mutabilidad que implica la exclusión de su posibilidad en eventos en los cuales su concesión cree un estado irrecuperable o gravemente lesivo en términos de la proporcionalidad al derecho reclamado.

Finalmente la propuesta de adoptar o extender el sistema cautelar innominado en los procesos contenciosos administrativos, más que todo medidas cautelares positivas o aquellas que propendan por la creación de un *modus vivendi* nuevo entre las partes, que coadyuvan el fin de disminuir el peligro que representa el extenso desarrollo del proceso, asegurando los efectos de la sentencia en caso de ser favorable para el actor y que a su vez preserva la seguridad jurídica que encumbra el reflejo del interés general aunado al interés individual de los accionados. La importancia jurídica de esta propuesta, recobra su reflexión en la íntima conexión existente entre las medidas cautelares innominadas y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ya que aquellas son la sustancia misma de que los administrados conservemos el espíritu de la confianza en las instancias judiciales, el sentimiento de encontrarnos respaldados por un estado social de derecho que tiene como finalidad preservar los intereses y derechos de tal forma que cuando se dicta una sentencia, esta pueda tener todavía una vigencia y genere sensación de justicia en sus destinatarios, puesto que garantizados los efectos de la sentencia resultante no se podrá alegar que la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva.

Bajo esta palestra argumentativa el segundo punto de nuestra propuesta radica en la necesidad de ampliar la potestad cautelar genérica del juez, dentro de una regulación legal flexible, que establezca las consecuencias de la no adopción de estas medidas, correlativamente exigiendo la motivación de la decisión sobre el derecho o la negación de las medidas cautelares, como ANTONOMASIA DE UN SISTEMA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA DEMOCRATICO. Al respecto, se expone que si bien la ley ha de prever la existencia, la posibilidad los presupuestos de las cautelas de conformidad por el principio de legalidad para una mejor garantía de los derechos que puedan verse afectados por la demora del trámite judicial, es imperante la necesidad de ampliar la potestad cautelar genérica de los jueces, donde se permite traer a colación algunos avances en materia ambiental y agraria, en las acciones populares y de tutela, e incluso en materia comercial donde las facultades dispositivas y oficiosas del juez en el decreto de medidas cautelares atípicas, han logrado garantizar en el mayor grado posible de certeza la eficacia de la sentencia. Este imperativo se hace más exigente en un estado como el nuestro, caracterizado por la materialización de la justicia formal, convertido en un requerimiento, ya que una orden plasmada en el papel sin que se logre ejecutar, deja intacta e indemne la situación de vulneración de derechos.

Es así como la ejecución *in natura* de la sentencia, dejando al juez en libertad de otorgar aquellas medidas cuyo discernimiento le indique que son más convenientes, que hilvanan las exigencias de la aptitud de procedimiento judicial administrativo. Esta habilitación comprende la posibilidad de decretar medidas con efectos innovativas, creando un *modus vivendi* nuevo, habilitación que se acompaña con la exigencia imperativa de la motivación de la decisión como garantía de una justicia democrática, es decir, que la providencia por la cual se adopte la medida contenga una motivación

suficiente sobre los presupuestos para su aplicación, especialmente el *fumus bonis juris* y el *periculum in mora*, por consiguiente la falta de motivación o la motivación insuficiente debe constituir un elemento de demérito en la valoración, determinando así, el margen de la discrecionalidad y habilitación que tiene el juez en el decreto de la medida innovativa, al igual no puede perderse de vista la aplicación de criterios y como la proporcionalidad y ponderación, ya que la atribución de ponderar la procedencia de las medidas cautelares debe condicionar su ejercicio a la realización de un juicio sobre proporcionalidad de la medida preventiva, asegurativa o autosatisfactiva, en relación con la limitaciones que la misma impone a los derechos del demandado y el tiempo previsible en que dichas limitaciones se mantendrán en vigencia, calculando los niveles de afectación; sistematizándose en la flexibilización en la regulación legal para el ejercicio de la potestad cautelar genérica judicial, lo que conduce a desvincular del poder cautelar del juez de figuras típica prefijadas, otorgándole mayores poderes que, según las particularidades de cada caso, puedan conceder la tutela provisoria adecuada asegurándose así la inmutabilidad de la situación de hecho o de derecho durante el transcurso del proceso para preservar la igualdad de las partes y evitar la violación de sus derechos frente a una amenaza objetiva y actual.

4. CONCLUSIONES

La importancia de las medidas cautelares innominadas se refleja en la eficacia pragmática de la sentencia por su utilidad como instrumento que asegura la efectiva aplicación del régimen jurídico a través del proceso judicial, de forma, que se convierten en la garantía del imperio normativo, increpaciones que indican, que un adecuado régimen de medidas cautelares es la herramienta idónea, para proteger a quien busca la tutela jurisdiccional, de las consecuencias adversas que pueden producirle el transcurso del tiempo o eventuales actos fraudulentos,⁸⁷ pero también este puede erigirse como factor determinante de la vigencia de un sistema normativo, es decir, seguridad jurídica, en cuanto es útil para mostrar la efectividad de los fallos.

Se congrega a la importancia empírica de las medidas cautelares Innominadas, por el reconocimiento del derecho, el amparo real y efectivo de los intereses legítimos se alcanzan mediante las cautelas procesales, puesto que la aptitud del proceso judicial como instrumento de protección, desde el punto de vista empírico se mide por la frecuencia con la que logran realizarse las disposiciones contenidas en las decisiones judiciales, en lo que mucho depende de la prontitud que afloran estas. Cuanto más demore el pronunciamiento de un fallo, tanto será menor la posibilidad de materializarlo y mayor el descrédito del sistema judicial y el consecuente recurso de la auto tutela, e incluso la utilización de mecanismos alternos y legítimos, ya que la escasa confianza del pueblo colombiano en el uso de las vías judiciales o de derecho se sustentan en la pasmosa lentitud operativa, falas instrumentales que marcan el tapis de cosas institucionales, convirtiéndose en ejes móviles de recurrencia a métodos

⁸⁷ LÓPEZ. BLANCO, H.F. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo I, Bogotá D.C.: Dupré, 2012. P. 1022.

ilegítimos de defensa como el ajusticiamiento por organizaciones criminales, pues hasta ahora la justicia colombiana está catalogada como una de las seis más lentas del mundo, es por ello que la transcendencia pragmática y la importancia empírica de las medidas cautelares centran su atención y finalidad en la conquista de un sistema judicial efectivo que salva guarde materialmente los derechos y permita el fortalecimiento del estatus activo de nuestro estado social, democrático y constitucional de derecho.

Citando a la corte constitucional en sentencia T-172 de 1994 “...*el juez como expresión del Estado, acude en ayuda de las personas y les indica la forma adecuada y apropiada para que sus derechos no sean conculcados*. Se cumple así el mandato constitucional de ACCESO A LA JUSTICIA. Un acceso tiene que producir efectos útiles, logrado mediante la implementación de estas medidas.

REFERENCIAS

ALTERINI, Atilio Aníbal. *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CAMALANDREI, Piero. *Providencias Cautelares*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1964.

CAMPO CABAL, Juan Manuel. *Perspectiva de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 1997.

CAPOGRASSI, Giudizio. *Proceso, ciencia y verdad*, Madrid: 1950.

CARNELUTI, Fráncico, *Instituciones del Nuevo Proceso Italiano*, traducción de Jaime Guasp Delgado, Barcelona: Bosh, 1942.

COUTURE. Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª, Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1992.

CHINCHILLA. MARÍN, Carmen. *La tutela cautela en la nueva justicia administrativa*, Madrid: Civitas, 1991.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. “*Pruebas Judiciales*”. Compendio de Derecho Procesal. Sexta Edición. Tomo II. Bogotá. Edición ABC. 1979.

FABREGÁ. Jorge, *Medias Cautelares*. Bogotá D.C.: ediciones Gustavo Ibáñez, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*, Madrid: Trotta, 2010.

GARCIA SARMIENTO, Eduardo. *Medidas cautelares. Introducción a su estudio*. Bogotá D.C.: El foro de la justicia. 2005.

HERNANDEZ. MENDIBLE, Víctor. *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*. Caracas: Vadell Hermanos, 1997.

LÓPEZ. PEÑARANDA, Gerardo. *Extinción del dominio, alterabilidad y medidas cautelares en el proceso penal*. Bogotá D.C.: Librería Jurídica Radar Ediciones. 1998.

MENENDEZ PÉREZ, Segundo. “El proceso contencioso administrativo como instrumento de control de las administraciones públicas y el derecho de los ciudadanos a la justicia administrativa efectiva”, En: *Cuadernos de Derecho judicial XII 2003*. Constitución y control de la entidad administrativa, Consejo general del Poder Judicial, Madrid: 2004.

MONTERO AROCA Juan, ORTELLIS RAMOS Manuel, GÓMEZ COLOMBER Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional, Proceso Civil*, Tomo II, 2ª Ed, Barcelona: Librería Bosch, 1989.

MORENO ORTIZ, Luís Javier. *Acceso a la Justicia*, Bogotá. D.C.: Ediciones Academia Colombiana de jurisprudencia, 2000.

PALOMINO MANCHENGO, José. *Estudios de derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Editores Ltda. 2011.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid; Civitas. 1983.

PASTOR BORGONÓN, Blanca y Van Ginderachter, Eric. *El procedimiento de medidas cautelares ante el tribunal de justicia y el tribunal de primera instancia de las comunidades europeas*, Madrid: Civitas, 1993.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª Edición, Madrid: Marcial Pons, 2000.

PORRAS LÓPEZ. Edizon Gonzalo. *Acceso a la justicia Vs Acciones de tutela contra prohibiciones judiciales*, Tesis de maestría, Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, 2011.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y medidas cautelares*, 2ª ed., Bogotá D.C.: OKEY Impresores, 1991.

RESTREPO. MEDINA, Manuel Alberto. *Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar judicial*, Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Universidad del Rosario, 2006. P.p. 14 – 18. ISBN: 958-8298-21-0.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*. T.II, Barcelona: Bosh, 1997.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal*. Tomo II. Procedimiento civil. Quinta ed. Bogotá D.C.: Editorial ESAJU. 2013.

ROJAS. GOMEZ, Miguel Enrique. *El proceso civil colombiano*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2003.

-----*Teoría del Proceso*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2002.

SALAMANCA MOLANO, Guillermo. “Medidas cautelares en los procesos civiles y laborales”, En ARDILA MORENO, Orlando, *Contribuciones a la ciencia jurídica*. Bogotá D.C.: Editorial Diana Colombiana, 1984.

VARGAS SILVA, Luis Ernesto. *Una mirada constitucional al proceso civil*. En: Colección Monografías 2012, Volumen 21.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge E., *El proceso penal*, t. III, 3ª ed., Bogotá: Editorial Edino, 1990.

SENTENCIAS:

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-490/00. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente. D-2650.

-----Sala Plena, Sentencia C-039/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-4664

-----Sala Sexta, Sentencia T-606/01. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente. T-402991.

-----Sala Plena, Sentencia C-039/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-4664

-----Sala Plena, Sentencia C-221 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente. D-006.

-----Sala Segunda, Sentencia T-006 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente. T-221.

-----Sala Plena, Sentencia T-484 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente. T-16678.

-----Sala Plena, Sentencia C- 084 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente. D-648 y D-650.

-----La Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-275 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente. T-31.551.

-----Sala Plena, Sentencia C-143 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente. Expediente D-193

- La Sala Plena, Sentencia C-543/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente. Expedientes D-056 y D-092.
- Sala Séptima de Revisión, Sentencia No. T-172 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-16336.
- Sala Plena, Sentencia C-540 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. Expediente. T D-1667.
- Sala Plena, Sentencia C- 1064 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-2793.
- Sala Plena, Sentencia C-351 de 1994, M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA, Expediente D- 503.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente. D- 3271.
- Sala Plena, Sentencia C-431 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara. Expediente. D – 870.
- Sala Plena, Sentencia C-925 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente. D-2407.
- Sala Primera de Revisión. Sentencia T-406/92 M.P. Ciro Angarita Barón. Expediente: T-778.
- Sala Plena, Sentencia C-187 de 1999. M.P. Martha Victoria Sachica De Moncaleano. Expediente. L.A.T.-121
- Sala Plena, Sentencia C-1007 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente. R.E.121.
- Sala Plena, Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería. Expediente. D-3389.
- Sala Plena, Sentencia C-379 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Expediente. D-4974.