

EL ROL DEL JUEZ FRENTE A LOS CRITERIOS DE PROCEDENCIA EN EL  
DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL  
CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO\*

Semillero de Derecho Procesal de la Universidad  
Francisco de Paula Santander, Seccional Cúcuta\*\*

*Angie Marcela Carrero Mendoza, Cristian David Diaz Muñoz, Dayan Garcia Galvis,  
Didier Sneyder Barrera Salamanca, Ingrid Katherine Hernandez Niño,  
Leidy Yulieth Carrillo Arango, Paula Andrea Beltrán Patiño,  
Juan Pablo Romero Navarro. Samuel Eduardo Becerra Bohórquez,  
Wendy Lorena Velasquez Rodriguez*

*Director: Carlos Alberto Colmenares Ortiz<sup>1</sup>*

*“Las leyes en sí mismas no son ni buenas ni malas, sino que las hacen buenas o malas los encargados de aplicarlas; y el éxito de la empresa de la justicia en una sociedad depende de la calidad y la sensibilidad jurídica y humana de sus jueces”. Chiovenda.*

## RESUMEN

Los estudiantes del Programa de Derecho de la Universidad Francisco de Paula Santander Seccional Cúcuta, movidos por el espíritu investigativo que tiene la

\* Artículo inédito. Recibido

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 del 2014, en la ciudad de Cartagena.

\*\* Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Francisco de Paula Santander, Seccional Cúcuta.

<sup>1</sup> Director del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Francisco de Paula Santander, Seccional Cúcuta.

comunidad universitaria y con el ánimo de servir a quienes tienen a cargo la administración de justicia, en esta ocasión, hemos decidido estudiar “El Papel fundamental del Juez frente a los Criterios de Procedencia en el Decreto de las Medidas Cautelares Innominadas en el Código General del Proceso”, partiendo de la problemática surgida en otros ordenamientos jurídicos, es por ello, que se ha realizado un estudio de la doctrina clásica y latinoamericana actual, encontrando el semillero que la generalidad de la norma, la inexperiencia del juez y la novedad de las medidas, se proyectan como un problema a futuro en el país; por ello, el semillero a modo de conclusiones establece los criterios necesarios para el funcionamiento de las medidas cautelares innominadas dentro de nuestro ordenamiento.

**Palabras Clave:** Medidas cautelares innominadas, Código General del Proceso, Criterios de Procedencia, Rol del Juez, Tutela jurisdiccional efectiva.

## ABSTRACT

The students from the Law program of the University Francisco de Paula Santander, sectional Cúcuta, moved by the spirit of research that has the university community and with the aim to serve those charged with the administration of justice, this time, we decided to study "The fundamental role of the judge against the criteria in decree origin of the unnamed precautionary measures in the General Code of Procedure ", based on the problems arising in other jurisdictions, is why it has made a study of the current classical and Latin American doctrine. Finding the seed that the generality of the rule, the inexperience of the judge and the novelty of the measures, is projected as a problematic future in the country; therefore, the conclusions hotbed mode sets the criteria for the operation of the unnamed precautionary measures within our system.

**Key Words:** Unnamed precautionary measures, General Code of Procedure, Origin criteria, Role of the Judge, effective judicial protection.

## CONTENIDO

1. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA COMO PRINCIPIO QUE INSPIRÓ AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO
2. LAS MEDIDAS CAUTELARES
  - 2.1 Concepto
  - 2.2 Doctrina Constitucional
  - 2.3 La medida cautelar innominada
    - 2.3.1 De la discrepancia que divide a la Doctrina latinoamericana
    - 2.3.2 La medida cautelar innominada en el Código General del Proceso colombiano

2.3.2.1 Criterios de procedencia presentes en la norma, fundamentados desde la Doctrina

2.3.2.1.1 El *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*

2.3.2.1.2 La necesidad, efectividad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

4. CONSIDERACIONES DEL SEMILLERO

4.1 Las medidas provisionales en materia de tutela, una experiencia que puede evitar la problemática proyectada

4.1.1 Criterios de procedencia

4.2 Aspectos relevantes extraídos de la Doctrina y el Derecho comparado latinoamericano para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso colombiano

4.2.1 Carácter instrumental

4.2.2 Carácter rogado

4.2.3 Disponibilidad del juez frente a las medidas

4.2.4 Operancia de la caución

4.2.5 Control de convencionalidad

5. DE LA OBSERVANCIA E IMPORTANCIA DEL PAPEL DEL JUEZ PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## 1. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA COMO PRINCIPIO QUE INSPIRÓ AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

El nuevo Código General del Proceso (C.G.P de aquí en adelante), que reemplazará al Código de Procedimiento Civil en Colombia (C.P.C de aquí en adelante), claramente representa un cambio positivo en lo que a esta rama del Derecho se refiere, pues tal y como lo anota BERIZONCE: “*un código procesal más que un logro académico constituye una obra política, un modelo de política procesal que para resultar útil ha de atender a las circunstancias y realidades del medio en que deba aplicarse*”<sup>1</sup>. Y a eso precisamente es que le apuntó el legislador en este caso, pues al observar la realidad de los procesos civiles en el país, evidentemente estos, en algunos casos no brindaban garantía o justicia alguna a los ciudadanos debido a su demora, lo cual es confirmado por un estudio del Doing Business 2011 donde se puede constatar que: “*Colombia ocupa en el contexto mundial el puesto 178 entre 183 países, siendo entonces la justicia*

<sup>1</sup> BERIZONCE, Roberto Omar, “*Recientes Transformaciones del Proceso Civil, XXVI Congreso de Colombiano de Derecho Procesal*”, XXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2005, pág. 979

colombiana, la sexta más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe. Dicha posición fue confirmada en el estudio *Doing Business 2012*, según el cual Colombia se encuentra en el puesto 177 entre 183 países (séptima justicia más lenta del mundo y la tercera más lenta en América y el Caribe)<sup>2</sup>; por ende es que se hizo necesario este nuevo código, que con todas sus nuevas herramientas e innovaciones, permitirá al juez como director del proceso impartir justicia de manera rápida y eficaz, con el fin de que los fallos no se queden solo en el papel.

Esa importancia de la efectividad es la finalidad misma del proceso, derivada del principio procesal que inspiró a todo el C.G.P, la tutela jurisdiccional efectiva, que según FAVELA, es un derecho subjetivo de las partes para acceder a jueces imparciales y recibir de la jurisdicción, dentro de un proceso equitativo y razonable, una decisión motivada sobre las pretensiones de las partes y la ejecución de esta decisión<sup>3</sup>.

En este sentido, las leyes procesales se configuran como el medio idóneo para materializar la protección real de los derechos, consistente en la “*efectiva y real viabilidad de la obtención de una tutela del derecho material*”<sup>4</sup> con procedimientos acordes a nuestra realidad social donde se materialicen los principios de nuestra Constitución Política, en donde el juez como director del proceso pueda tomar las medidas necesarias para asegurar la ejecución de la sentencia<sup>5</sup>, así como la disposición de “*instrumentos imprescindibles al adecuado ejercicio de su poder*”<sup>6</sup> para que el mismo sujeto, cumpliendo con su deber de proveer una tutela jurisdiccional efectiva, proteja idóneamente el derecho material alegado y así se busque la certidumbre de la posterior decisión, es por eso, que la integración de las medidas cautelares innominadas en el C.G.P colombiano tiene su fundamento y razón de ser en la búsqueda de un proceso justo que brinde protección inmediata a los derechos que se ven amenazados, es por ello, que actualmente el proceso no debe ser visto como una mera secuencia de trámites y de audiencias, sino como un mecanismo que debe proporcionar el Estado a sus ciudadanos para que estos puedan exigir justicia, y no una justicia formal, de papeles, sino una justicia material, que se manifieste en la sociedad, una justicia que brinde seguridad, que de un modo u otro incide en la calidad de vida de todos los colombianos y nos acerca a la paz anhelada por todos.

<sup>2</sup> GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio, et al, “*Informe de ponencia para primer debate proyecto de Ley número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara*”, Gaceta del congreso: Senado y Cámara, N° 114, 2012, Bogotá D.C., Imprenta Nacional de Colombia, pp. 2-3. <http://www.notinet.com.co/pedidos/Gaceta114-2012.pdf>, Fecha de consulta: 11 de junio de 2014

<sup>3</sup> OVALLE FAVELA, José, “*Bases constitucionales para un proceso civil justo*”, XXVIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2007, pp. 773-774.

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, “*Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*”, XXXIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2012, p. 961.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 979

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 968

## 2. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Teniendo como presupuesto que la expedición del C.G.P tuvo como una de sus finalidades la búsqueda de la tutela jurisdiccional efectiva, el legislador con la necesidad de cumplir con ese objetivo, estableció dentro de ese compendio legal una serie de herramientas y de innovaciones dentro de las cuales puede encontrarse la figura que será analizada en este escrito, la medida cautelar innominada. Para el desarrollo de esta investigación el semillero inició con el estudio de la doctrina clásica y latinoamericana actual para dar respuesta al problema que se plantea más adelante.

### 2.1 Concepto

Las medidas cautelares han sido objeto de pronunciamientos en innumerables ocasiones por la Doctrina, por ello partiremos de lo clásico a lo actual para construir un concepto claro y preciso que nos ayudara a entender el tema de investigación.

En Italia, CALAMANDREI, al referirse a las medidas cautelares, ligó su concepto a los principios de la celeridad y la ponderación al anotar que: *“Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente”*<sup>7</sup>.

En Argentina, MARTÍNEZ BOTOS citando a los autores OSCAR SERANTES PEÑA y JORGE F. PALMA menciona que: *“todo proceso demanda un tiempo considerable para su decisión y es probable que durante su sustanciación se produzcan hechos que tornen imposible el cumplimiento de lo resuelto por la sentencia definitiva. Entonces, las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada, haciendo imposible su cumplimiento”*<sup>8</sup>.

Coincidiendo con lo anterior, ALFREDO J. DI IORIO afirma que *“las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en un proceso determinado, para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento. Conviene retener desde ya que esta finalidad que conecta directamente la actividad cautelar con la posibilidad concreta de poder cumplir eventualmente el mandato judicial emanado de la sentencia”*<sup>9</sup>.

Ahora bien, en nuestro concepto, la medida cautelar es un instrumento fundamental para garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia, toda vez que, permite que el transcurrir del tiempo no afecte la materialización de los derechos

<sup>7</sup> CALAMANDREI, Piero., *“Providencias Cautelares”*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina Cangallo 860, 1984, pp. 43-44

<sup>8</sup> MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *“Medidas cautelares”*, ed. 4ª, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999, p 27.

<sup>9</sup> DI IORIO, Alfredo J., *“Temas de derecho procesal”*, Buenos aires, Editores Depalma, 1985, p 89.

sustanciales. Es por ello, que dentro de nuestro Estado Social de Derecho, asegurar la efectividad de la sentencia con las medidas cautelares, genera la protección del derecho en litigio que eventualmente se ve amenazado y nos lleva a lograr armonía y paz en la sociedad.

## 2.2 Doctrina Constitucional

En este país, la medida cautelar ha sido entendida por la jurisprudencia de sus Altas Cortes como *“instrumentos procesales que tienen por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura mientras se adelante y concluye la actuación respectiva”*<sup>10</sup>; en Sentencia C-379 de 2004 se dijo de una manera más simplificada que las medidas cautelares son *“aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso”*<sup>11</sup>.

Manuel Alberto Restrepo Medina haciendo un análisis de la tutela cautelar, manifestó que la Corte Constitucional colombiana se había pronunciado en Sentencias que datan desde 1994 hasta el 2005 aproximadamente, acerca de la noción, naturaleza, finalidad y características de las medidas cautelares<sup>12</sup>, al analizar esos pronunciamientos, pueden apreciarse características como la jurisdiccionalidad en las Sentencias C-431 de 1995, C-774 de 2001, C-431 de 1995, C-733 de 2000 y C-798 de 2003; instrumentalidad en la Sentencia C-431 de 1995; provisionalidad en las Sentencias C-431 de 1995, reiterada en las Sentencias C-774 de 2001, C-054 de 1997, C-187 de 1999, C-840 de 2001 y C-324 de 2000; sumariedad en la Sentencia C-925 de 1999 reiterada por las Sentencias C-490 de 2000, C-634 de 2000, T-640 2003 y C-490 2000; urgencia en la Sentencia C-490 de 2000; mutabilidad en la Sentencia C-054 de 1997 reiterada en las Sentencias C-187 de 1999 y C-840 de 2001; preventividad en las Sentencias C-1007 de 2002 y T-558 de 2003; accesoriedad en Sentencia C-774 de 2001, y taxatividad en Sentencia C-774 de 2001 y C-484 de 2002 reiteradas en las Sentencias C-485 de 2003, C-775 de 2003 y C-288 de 2002<sup>13</sup>, han sido evidentemente desarrollados por la jurisprudencia colombiana, marcando un precedente que debe tenerse en cuenta con mayor cuidado y observancia en el decreto de las medidas cautelares. Asimismo, criterios de procedencia como la verosimilitud del derecho (*fumus bonis juris*) en Sentencia C-840 de 2001, reiterada en

<sup>10</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-788 de 12 de noviembre de 2013, Magistrado Ponente. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Referencia: Expediente T-3.956.130

<sup>11</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad C-379 de 27 de abril de 2004, Magistrado Ponente. Alfredo Beltrán Sierra, Expediente D-4974

<sup>12</sup> Para tal efecto, es pertinente analizar el siguiente estudio jurisprudencial, RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, “Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela cautelar judicial”, Vniversitas, N° 112 julio-diciembre, 2006, Bogotá D.C., [s.n.], 63-90, [http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/documents/Restrepo3correg\\_000.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/Restrepo3correg_000.pdf), fecha de consulta: 6 de junio de 2014

<sup>13</sup> *ibid.*, pp. 71-75

la Sentencia C-485 de 2003 y C-1007 de 2002, la existencia del peligro *periculum in mora*) en Sentencia C-925 de 1999 y C-379 de 2004, y la contracautela en Sentencia C-925-99, reiterada en las Sentencias C-485 de 2003, C-925 de 1999 y C-490 de 2000<sup>14</sup>, han sido desarrollados por el órgano constitucional, requisitos, que como se podrá apreciar más adelante, son de vital importancia para el tema que ocupa en este momento al semillero.

### 2.3 La Medida Cautelar Innominada

Dentro de la clasificación de las medidas cautelares encontramos, que algunas están revestidas de un carácter atípico, las cuales han sido definidas por la doctrina así:

MABEL DE LOS SANTOS sostiene que: “La llamada “cautela genérica o innominada o indeterminada” consiste en el dispositivo que permite cubrir las lagunas legislativas del sistema cautelar, pues por su intermedio es posible obtener que el juez disponga la medida más eficaz para asegurar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, aun cuando la dispuesta no se encuentre prevista legalmente”<sup>15</sup>.

En Brasil LUIZ GUILHERME MARINONI explica que: “con el pasar del tiempo, se hizo necesario otorgar a los litigantes y al juez una mayor amplitud de poder, sea para permitir que los justiciables pudieran utilizar el proceso de acuerdo con las nuevas situaciones de derecho material y con las realidades concretas, sea para dar al juez la efectiva la efectiva posibilidad de tutelarlas”<sup>16</sup>.

Por último, en Colombia JAIRO PARRA QUIJANO, con fundamento en el C.G.P al referirse a estas expresó que: “Se trata de aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decreta 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”. (Letra c) del numeral 1 del artículo 590 del CGP)”<sup>17</sup>

De acuerdo con las anteriores definiciones, el semillero encuentra que lo que caracteriza a las medidas cautelares innominadas es el hecho de que no se encuentren específica y taxativamente señaladas por la Ley, pero que tienden a la misma finalidad de la cautelas típicas, es decir, asegurar el resultado de la sentencia para que esta sea eficaz protegiendo el derecho en litigio que eventualmente se vea expuesto a un peligro

<sup>14</sup> Ibíd. pp. 75-79

<sup>15</sup> DE LOS SANTOS, Mabel., “Medida cautelar genérica o innominada”, Medidas Cautelares, Tomo I, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal- culzoni Editores, 2010, P 573.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, Op. cit. p. 969

<sup>17</sup> PARRA QUIJANO, Jairo., “Medidas cautelares innominadas”, XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013, p. 302

o esté siendo amenazado, en consecuencia, las innominadas son una especie de las medidas cautelares.

### 2.3.1 De la discrepancia que divide a la Doctrina latinoamericana

El desarrollo de las medidas cautelares en los países latinos tiende a ser uniforme, pero cuando se estudia de modo más detallado la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia, es apreciable que existen cambios y discrepancias en la aplicación en cada país, por eso, y con el fin de tener un panorama más claro de lo que ha representado la aplicación de las medidas cautelares innominadas en el continente, se analizarán algunos aspectos básicos y susceptibles de discusión por los cuales la figura esencial que toca este escrito ha sido un terreno escarpado que es necesario conocer, para así poder brindar una opinión acertada y fundamentada de la realidad de los procesos que pueda servir de guía a los jueces en Colombia, en donde este tópico representa una novedad que merece atención.

Ocupándose el semillero de lo que le corresponde en este punto, puede decirse que un presupuesto sustancial que la Doctrina ha tenido en cuenta para desarrollar a las medidas cautelares, es el principio de igualdad también llamado principio de audiencia bilateral, ligado estrechamente al principio de tutela jurisdiccional efectiva<sup>18</sup>, que es puesto en práctica en el curso del proceso permitiendo la actuación equivalente de las partes en cada etapa de este.

Relacionando a ese principio de bilateralidad de la audiencia con el decreto de las medidas cautelares innominadas, resulta que estas últimas en algunas legislaciones son dictadas bajo la regla procesal *inaudita pars*<sup>19</sup>, es decir, sin conocimiento del cautelado, regla presuntamente permitida pues lo que se busca con las novedosas medidas atípicas, es lograr equilibrar principios tan importantes como lo son la celeridad procesal y la seguridad jurídica<sup>20</sup>.

Es en ese punto donde la Doctrina se divide entre los que están de acuerdo con lo dicho anteriormente, como muchos de los autores citados, y los que se apartan de esa posición, como por ejemplo, la corriente doctrinal liderada por Adolfo Alvarado Velloso, que al respecto sostiene que: “*el decisionismo judicial está preñado de buenas intenciones pero opera muchas veces al margen de la ley, lo que es inadmisiblemente sistemáticamente*”<sup>21</sup>, alegando por ello, que el demandado se estaría viendo en un

<sup>18</sup>MARFIL, Andrés Manuel, “Audiencia, combinación, limitación temporal y estabilización como técnicas para hacer más efectiva la tutela cautelar”, Medidas Cautelares, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, pp. 184-185

<sup>19</sup> De acuerdo con el texto citado de Andrés Manuel Marfil, hacen parte de esa corriente los siguientes países: Argentina (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. Artículo 198), Estados Unidos Mexicanos (Código Federal de Procedimientos Civiles. Artículo 389, 395)

<sup>20</sup> DI IORIO, Alfredo J., Op. cit., p. 88

<sup>21</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo., “El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión”, XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013, p. 845

evidente estado de indefensión al no poder hacer uso de sus derechos al debido proceso, a la contradicción, a la igualdad y a la bilateralidad de la audiencia.

Debido a esa división, es que pueden encontrarse legislaciones que decretan las medidas sin conocimiento, ni intervención de la contraparte<sup>22</sup>, en el otro extremo se encuentran legislaciones que permiten la debida contradicción del decreto de la medida cautelar durante el proceso<sup>23</sup>, y otras que optaron por tener una excepción a la regla general, cuando extraordinariamente se demuestre que no se puede realizar audiencia por presentarse un caso de urgencia<sup>24</sup>.

### 2.3.2 La medida cautelar innominada en Código General del Proceso colombiano

Las medidas cautelares innominadas han estado presentes en el ordenamiento jurídico colombiano desde hace tiempo, por ejemplo en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones (artículos 245 al 249) que abarca el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, la Ley 256 de 1996 (artículo 31) que regula las normas sobre competencia desleal y la Ley 472 de 1998 (artículos 17, 25 y 26) en la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, entre otros casos; ahora, estas vienen a ser parte de los procesos declarativos que regula el C.G.P en el literal c) del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P, donde son definidas y reguladas tales genéricas como: *“Cualquiera otra medida que el juez encuentre 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 Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.*

*Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.*

*Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación*

<sup>22</sup> De acuerdo con el texto citado de Andrés Manuel Marfil, hacen parte de esa corriente los siguientes países: Argentina (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. Artículo 198), Uruguay (Código General del Proceso, artículo 315), La República del Perú (Código Procesal Civil del Perú, artículo 637)

<sup>23</sup> De acuerdo con el texto citado de Andrés Manuel Marfil, hacen parte de esa corriente los siguientes países: República del Ecuador (Código Procesal Civil de Ecuador, artículo 917)

<sup>24</sup> De acuerdo con el texto citado de Andrés Manuel Marfil, hacen parte de esa corriente los siguientes países: República Federativa de Brasil (código de Proceso Civil do Brasil, Artigo 797), República Bolivariana de Venezuela (Código Procesal Civil de Venezuela, artículo 585), República de Panamá (Código Judicial de Panamá, artículo 558), República de Chile (código de Procedimiento Civil de Chile, artículos 298 7 299)

*mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.*

*Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo<sup>25</sup>”.*

El anterior artículo, en su numeral segundo, hace mención de la caución que deberá aportar quien solicite la medida, donde se establece que esta será el equivalente al 20% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, porcentaje que podrá ser aumentado o disminuido de oficio o a petición de parte, decisión que deberá ser razonable. La clase, cuantía, oportunidad para constituirla, calificación y cancelación de dicha caución, están reguladas en los artículos 603 y 604 del código.

Observando lo que el C.G.P dicta respecto a las genéricas, podría decirse que Colombia adopta el presupuesto de que las medidas deben decretarse *inaudita pars*, al no considerarse que estas amenazan los derechos del demandado, pues tal y como lo anota EDGARDO VILLAMIL PORTILLA: “*el demandado no queda inexorablemente a merced del demandante, sino que aquel recibe cierta protección de parte del juez*”<sup>26</sup>, además, según JAIRO PARRA QUIJANO, estas medidas “*tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia*”<sup>27</sup>, pero, el mismo autor, interpretando la norma, opina también que: “*el juez puede posponer su pronunciamiento, cuando se la ha solicitado con la demanda, hasta que se haya trabado la relación jurídica procesal, con el fin de tener en cuenta lo que diga el demandado, para tener un mayor sustento del fumus bonis iuris*”<sup>28</sup>, o sea que, si bien se dice que el demandado no tendrá la oportunidad de pronunciarse respecto al decreto de la medida, pues ello daría pie para que esta no brindara los resultados para los cuales ha sido solicitada, excepcionalmente, y según lo que dice el autor, podrá tenerse en cuenta lo que diga el cautelado, haciendo entonces Colombia, parte de las legislaciones que en

<sup>25</sup> República de Colombia, Congreso de la Republica, Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, Artículo 590 numeral 1 literal c.

<sup>26</sup> VILLAMIL PORTILLA, Edgardo., “*Algunos apuntes acerca de las cautelares en el Código General del Proceso*”, XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 1ª ed., Bogotá D.C., Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2012, p. 174

<sup>27</sup> PARRA QUIJANO, Jairo., Op. cit., p. 306

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 318

casos muy reducidos y debidamente motivados, no hará uso de la regla procesal *inaudita pars* de manera imperativa y exegética, quedando esa decisión en el juez.

### 2.3.3 Criterios de procedencia presentes en la norma fundamentados desde la Doctrina

Conociendo la regulación que el C.G.P colombiano le dio a las medidas atípicas, es necesario resaltar que dentro de la norma se encuentran inmersos unos requisitos generales de procedencia que deben ser analizados por el juez para el decreto de unas de las genéricas, por ende, y con el fin de desarrollar y tener una idea más precisa de lo que dichos criterios representan, serán resumidamente explicados a través de los pronunciamientos que la Doctrina ha hecho de estos y de ese modo, el juez pueda determinar su alcance.

#### 2.3.3.1 El *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*

Al hablar el artículo del C.G.P donde se encuentran reguladas las genéricas, de la existencia de una amenaza o vulneración del derecho, según JAIRO PARRA QUIJANO, se configura el *periculum in mora*, es decir, el peligro en la demora, que a ojos del autor, no se califica el perjuicio, otorgándole una mayor potestad al juez para que haga esa calificación<sup>29</sup>.

PIERO CALAMANDREI señala que el *periculum in mora* es un elemento que distingue a las cautelas con otro tipo de elementos procesales, que “*justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares; este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva*”<sup>30</sup>, es importante resaltar, que es tanta la preeminencia de las providencias cautelares, que estas intervienen en la naturaleza del proceso, ya que este puede asumir un carácter preventivo, conservatorio y en ocasiones innovativo.

Nuevamente, JAIRO PARRA QUIJANO, hablando de los criterios a los cuales hace referencia esta parte del trabajo, se refirió al *fumus bonis iuris*, que es la apariencia de buen derecho, destacando que es sumamente necesario que el juzgador tenga de presente e indague de una manera eficaz acerca de la legitimación de la parte para actuar<sup>31</sup>, es decir, tal y como lo sugiere DI IORIO, que el derecho de esa persona denote cierto grado de verosimilitud<sup>32</sup>.

Cabe destacar en este punto, que la legitimación que menciona el literal c) del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P y que resalta JAIRO PARRA QUIJANO, según

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 310

<sup>30</sup> CALAMANDREI, Piero., *Op. cit.*, p. 40

<sup>31</sup> PARRA QUIJANO, Jairo., *Op. cit.*, pp. 309-311

<sup>32</sup> DI IORIO, Alfredo J., *Op. cit.*, p. 100

CLAUDIA ZALAZAR, es una regla general, mediante la cual: “*las medidas cautelares deben ser pedidas por la parte interesada, en resguardar su derecho*”<sup>33</sup>.

Por su parte, JORGE FÁBREGA PONCE y ADÁN ARNULFO ARJONA, expusieron en su escrito “Medidas Cautelares Innominadas”, la indispensabilidad de la presencia para la procedencia de las medidas analizadas del “*fumus bonis iuris*” y del “*periculum in mora*”, pues según ellos, constituyen criterios indispensables que el director del proceso deberá estudiar cuidadosamente para que eventualmente sea o no procedente el decreto de medidas cautelares de esta particular índole, además, opinan los autores que los anteriores criterios necesitan consigo una prueba sumaria que materialice la legitimación que tiene el peticionario y esté acompañada de la caución, que garantiza los derechos de las personas que pudieran ser afectados<sup>34</sup>; otra característica que se debe configurar es que el peticionario pruebe que su situación debe ser protegida a través de una medida cautelar porque sufre o teme sufrir un peligro inmediato o irreparable sobre el bien objeto del litigio. Tal criterio trae condiciones estrictas, ya que como se dijo, debe ser un peligro probado y que justifique realmente la utilización de tal mecanismo, no siendo así, no se podrá practicar.

Es importante destacar que los autores mencionados, en especial Jorge Fábrega Ponce relacionan la finalidad aseguradora de las medidas cautelares genéricas con el correcto manejo que deben tener los jueces con los poderes que les otorga la misma Ley, los cuales deben ser racionalmente utilizados para evitar que este instrumento se convierta en un arma de doble filo que vulnere los derechos de las partes dentro del proceso<sup>35</sup>, es por lo anterior que manifiesta que: “*el juez debe procurar en todo momento evitar daños y perjuicios, molestias innecesarias en la adopción o ejecución de la medida, y podrá de oficio, y bajo su personal responsabilidad, sustituir la medida, con sujeción a ciertas limitaciones y restricciones*”<sup>36</sup>.

En este punto es importante establecer de qué manera el juez determina el *fumus bonis iuris*, el cual como anteriormente se dijo se debe comprobar sumariamente con documentos o medios de prueba que acrediten dicha apariencia de buen derecho, es decir se desarrolla bajo un *juicio prima facie*<sup>37</sup>, el cual se basa sobre primeras

<sup>33</sup> ZALAZAR, Claudia E., Op. cit., p. 60

<sup>34</sup> FÁBREGA PONCE, Jorge y ARJONA, Adán Arnulfo., “Medidas Cautelares Innominadas”, s.d., s.f., s.l., s.n., p. 117, <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf>, Fecha de consulta: 25 de abril de 2014

<sup>35</sup> FÁBREGA PONCE, Jorge., “El nuevo ordenamiento procesal civil de Panamá”, Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, Serie E Varios Núm. 44, 1ª ed., 1988, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, p. 1929,

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 1929, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/21.pdf>, Fecha de consulta: 2 de junio de 2014

<sup>37</sup> NIEVA FENOLL, Jordi., “El elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares”, s.d., s.f., s.l., s.n., pp. 7-8, <http://portales.te.gob.mx/seminario/sites/portales.te.gob.mx/seminario/files/materiales/Jordi%20Nieva.pdf>, Fecha de consulta: 17 de junio de 2014

impresiones que obtenga el juez con la solicitud de la medida cautelar, se debe precisar que la resolución sobre una medida cautelar es provisional, no definitivo, lo que adelanta es un juicio de apariencia. En palabras de JORDI NIEVA FENOLL, lo que debe hacer el juez es considerar si con los detalles de que dispone en ese momento, le daría la razón en la sentencia al solicitante de la medida cautelar, si únicamente, llegado dicho momento del juicio definitivo, dispusiera de dichos datos. Y ello es ciertamente un juicio de apariencia, un juicio de primeras impresiones<sup>38</sup>.

Asimismo, la Doctrina establece que el peligro de la demora deberá ir de la mano de los factores de urgencia y necesidad, que ponen al peticionario bajo una imposibilidad de prontitud, es por esto que las leyes procesales proporcionan la alternativa de recurrir al mecanismo de la cautela para la prevención y eficacia del derecho reclamado, se podría decir entonces, que la demora de los procesos para emitir una resolución inmediata y efectiva de justicia es el origen de las medidas cautelares, puesto que si existiese prontitud, forzosamente no existiese cautela.

### 2.3.3.2 La necesidad, efectividad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida

El C.G.P además de consagrar a los dos grandes directrices de procedencia de las medidas cautelares innominadas, explicados anteriormente, también establece que la medida que se adopte sea necesaria, efectiva, proporcional y razonable. CASTAGNET y BARLUENGA al hablar de la ponderación con la que debe ser decretada la cautela señalan que: *“al implicar la restricción de los derechos individuales de los justiciables y estar dentro de los límites máximos que establece la Constitución nacional, debe mediar el juez, a la par de su discrecionalidad, un máximo de prudencia, ya que al pretender restablecer una situación fáctica que se traduce en una desigualdad intolerable -peligro de daño- tiene que evitar que la alteración de la realidad se traduzca, a su vez, en un daño al cautelado”*<sup>39</sup>.

MARINONI, citando a TARUFFO expresa que la justificación que debe dar el juez frente al decreto de la medida, permite ejercer un control sobre su actividad, así mismo, manifiesta que las reglas de la proporcionalidad *“no sirven solo para facilitar la decisión, sino mucho más para que pueda justificarla de modo racional, permitiéndose su control por las partes”*<sup>40</sup>, dichas reglas constan de elegir el medio más idóneo y la menor restricción posible, eso en lo que concierne a la proporcionalidad. Según el mismo autor pero en lo tocante a la razonabilidad o “razonamiento decisorio” como el la llama, afirma que esta permite al juez *“el descubrimiento de la debida técnica procesal ejecutiva”* a través del análisis de los hechos, pruebas y el derecho material y

<sup>38</sup> *Ibíd.*, p. 7

<sup>39</sup> CASTAGNET, Jorge E., BARLUENGA, Horacio D., *“Las llamadas “medidas cautelares” en el código procesal civil y comercial de la nación”*, Medidas cautelares, s.n., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986, p.p. 20-21

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme., *Op. cit.*, p.p. 971-972

posteriormente a ello podrá elegir, como se dijo, escoger la técnica procesal más adecuada para la tutela al derecho del actor<sup>41</sup>.

Sumado a lo anterior, VILLAMIL PORTILLA señala que el juez podrá rechazar la cautela solicitada si considera que carece de razonabilidad, entonces, esos requerimientos que hace la Ley, tienden a asegurar que el pronunciamiento y decreto que haga el juez este debidamente justificado y ajustado a Derecho con el fin de garantizar, como lo expresaron CASTAGNET y BURLUENGA, de que la medida no llegue a afectar los derechos y garantías del cautelado.

### 3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Uruguay la implementación de las medidas cautelares innominadas no fue la más fácil ni la más sencilla, pues inicialmente, la tipificación de estas se dio en varios compendios legales como en la Ley de Registros, el Código Procesal Civil y la Ley de Abreviación de juicios, pero tal y como lo dice KLETT FERNANDEZ: *“los magros textos y con la poca regulación del C.P.C de 1878 la jurisprudencia debió abrir camino por la vía de la interpretación”*<sup>42</sup>, esto con el fin de brindar parámetros que le mostraran un sendero claro al juez para que este pudiese obrar; esta problemática a opinión del semillero se puede evidentemente presentar en Colombia, pues si se observa la regulación que el C.G.P le da a las medidas en el país, salta a la vista la generalidad del asunto, porque en unas cuantas líneas se buscó tipificar una figura que es muy compleja; por eso es que al indagar un poco, temores se crean al pensar que puede ocurrir, como por ejemplo, que ante la someridad del asunto los jueces no sepan cómo obrar y por ende cometan graves errores afectando a las partes del proceso o se haga el de la vista gorda frente a las medidas por no saber usarlas, sumado a ello, ante la novedad de estas en el C.G.P y específicamente, en los procesos declarativos, no hay jurisprudencia específica respecto al tema.

Por eso, el semillero en aras de evitar que la problemática presente en otros ordenamientos jurídicos se presente en el país, analizó dos tópicos importantes con el fin de conocer cuáles son los aspectos fundamentales que componen y caracterizan a la medida cautelar innominada teniendo como premisa que la correcta aplicación de los puntos a tratar dependen exclusivamente del juez, por lo que resaltará el semillero su importancia, tópicos que serán explicados desde el punto de vista de la Doctrina y el derecho comparado, haciendo la salvedad en este punto el semillero, que no se desea con este trabajo insinuar que es necesario que se deba legislar con el fin de ampliar el tema, dado que la problemática es también fundamentada en el hecho de que la inexperiencia del juez frente al decreto de la medida puede jugarle en contra, adicional a ello, hay que reconocer el interés del legislador por darle un aspecto más

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p. 973

<sup>42</sup> KLETT FERNANDEZ, Selva Anabella., *Op. cit.*, p. 1000

constitucional a los procesos que el nuevo código procesal regula, tratando de dejar atrás esa estampa clásica y liberal que los caracterizaba.

#### **4. CONSIDERACIONES DEL SEMILLERO DE INVESTIGACIÓN FRENTE A LA PROBLEMÁTICA**

Habiendo hecho una proyección a futuro de una posible problemática que puede presentarse en el país con la integración de las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos que regula el C.G.P, se pasará entonces a desarrollar los puntos que el semillero, después de hacer la respectiva investigación, cree que pueden brindar pautas esenciales para dar solución al eventual problema, cumpliendo con los fines de este trabajo y con el anhelo de servir a quienes tienen a su cargo la administración de justicia, propendiendo con ello el éxito del nuevo código procesal, así como uno de sus principales objetivos, la tutela jurisdiccional efectiva.

##### **4.1 Las medidas provisionales en materia de tutela, una experiencia que puede evitar la problemática proyectada**

Si bien se ha dicho en este escrito que las medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico colombiano representan una de las grandes novedades que el C.G.P trae y que esa novedad se proyecta como uno de los grandes retos del aparato judicial, al ser una nueva figura a la que debe enfrentarse el juez, teniendo poco de donde fundamentarse para poder decretarlas ante la generalidad de la norma y la inexperiencia respecto al tema, encuentra el semillero después analizar distintos mecanismos semejantes, que cuando los jueces se encuentran revestidos de jurisdicción constitucional, tienen la facultad de hacer uso del decreto oficioso o a petición de parte de las llamadas “medidas provisionales” en materia de tutela, cuyo sustento legal es el Decreto 2591 de 1991, que si bien, tiene algunas diferencias con el decreto de las medidas cautelares innominadas, sus similitudes conducen serenar las preocupaciones de la aplicación del poder cautelar genérico.

Se empezará por decir que en el artículo 7 del Decreto mencionado, se establece que las medidas provisionales se dirigen a la protección del derecho cuando a consideración del juez sea necesario y urgente, al suspender la aplicación del acto que lo amenace o vulnere, ello con el fin de que el fallo que se dicte pueda hacerse efectivo, además: *“el juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso”*<sup>43</sup>. Podría decirse entonces que estas medidas tienden a la misma finalidad de las innominadas, asegurar el resultado de la sentencia así como la protección de los derechos que se vean amenazados dentro del proceso.

<sup>43</sup> República de Colombia, Presidente de la Republica, Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991, artículo 7

## 4.1.1 Criterios de procedencia

La Corte Constitucional en distintas providencias judiciales han establecido los siguientes requisitos que deben tenerse en cuenta a la hora de decretar las medidas provisionales, en el Auto 241/10 señaló los siguientes: 1. Que estén encaminadas a proteger un derecho fundamental, evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, con el fin de garantizar que la decisión definitiva no resulte inocua o superflua por la consumación de un daño. 2. Que se esté en presencia de un perjuicio irremediable por su gravedad e inminencia, de manera que se requieran medidas urgentes e impostergables para evitarlo. 3. Que exista certeza respecto de la existencia de la amenaza del perjuicio irremediable. 4. Que exista conexidad entre la medida provisional y la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. 5. Que la medida provisional se adopte solamente para el caso concreto objeto de revisión<sup>44</sup>.

Entonces, lo que desea el semillero es dar a conocer al juez que si bien puede asustarle la integración novedosa de las innominadas a los procesos declarativos, la preocupación no debe trascender, pues cuando él está investido de jurisdicción constitucional ha podido conocer de las medidas provisionales, que como pudo evidenciarse, guardan cierto grado de similitud con las medidas atípicas al buscar garantizar la efectividad de los derechos sustanciales compartiendo algunos criterios de procedibilidad como la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, pero es pertinente hacer la aclaración de que no son lo mismo, pues las provisionales tienden a un caso especialísimo que son las tutelas, y a diferencia de las innominadas estas pueden ser decretadas de oficio y el peligro es calificado, es decir, típico; entonces, a opinión del grupo de investigación, lo que tiene hacer el juez es que adecuar su visión bajo los preceptos y la exigencia que la Ley y las situaciones mismas le exigen para el decreto de las genéricas, no siendo entonces una completa novedad que suponga enormes trabas a su ejercicio, por el contrario, podrá retroalimentarse de lo que su experiencia y experticia en el juicio en otro ámbito del derecho le han dejado y aplicarlo ahora a los procesos declarativos que regula el C.G.P, convirtiéndose entonces la figura problemática en una novedosa herramienta que le permitirá impartir justicia resguardando los derechos vulnerados, asegurando la efectividad de la sentencia.

## 4.2 Aspectos relevantes extraídos de la doctrina y el derecho comparado Latinoamericano para el decreto de las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso colombiano

Después de una ardua búsqueda, lectura y análisis de los principales exponentes de la Doctrina en lo que concierne al tema que aquí se estudia, así como de las leyes que

<sup>44</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, Auto N° 241 de 14 de julio de 2010, Magistrado Ponente. María Victoria Calle Correa, Expediente: s.d.

regulan a las medidas cautelares innominadas de los países que poseen un vasto y complejo desarrollo de estas, ha decantado el semillero de investigación del total del estudio, los siguientes elementos que se configuran como requisitos esenciales que debe conocer y tener en cuenta el juez cuando proceda a decretar una medida atípica, cabe señalar que los que han sido mencionados anteriormente también son indispensables en el estudio jurídico-práctico que le corresponde hacer al legislador.

#### 4.2.1 Carácter instrumental

Para CALAMANDREI, las medidas cautelares “*nunca constituyen un fin por sí mismas, si no que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente*”<sup>45</sup>.

DI IORIO por su parte, manifiesta que el hecho de que la medida cautelar exista en función de una sentencia que se dicte en un proceso, denota el carácter meramente instrumental<sup>46</sup>, sobre este punto, él, de lleno niega el carácter autónomo que puede revestir una medida cautelar afirmando que estas tienen un carácter incidental sujetas entonces a ese proceso del que se habla, siendo así las cosas, para este autor, las medidas cautelares autónomas no tienen cabida dentro regulación procesal alguna, pero eso es materia prima para otro debate.

En Brasil, el libro III del Código de Proceso Civil de 1873, está destinado meramente a la materia cautelar, donde se encuentra la medida de tipo innominado, que ha sido ampliamente desarrollada en esa nación, siendo el artículo 806 el que consagra la característica de la instrumentalidad que poseen las medidas cautelares, dejando claro MARINONI que no pueden ser vistas como una acción autónoma, diciendo además que: “*es ciertamente contradictorio admitir una tutela que, pensada con carácter instrumental, pueda tener un alcance mayor a aquel proceso sobre el cual se desea garantizar su utilidad*”<sup>47</sup>.

Según EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, las medidas cautelares genéricas son de carácter accesorio al proceso pues estas no pueden constituir un fin en sí mismas, haciendo la salvedad en lo que concierne a la medida cautelar autónoma, es decir, aquella medida extraprocesal que no está destinada a un proceso en sí, diferenciándola de la medida cautelar pre-procesal, que se da antes de iniciado el pleito pero que obligatoriamente necesitara de él cuándo este se lleve a cabo; pero por regla general, a ojos de este autor, su instrumentalidad es un rasgo esencial que no puede ser desconocido, salvo en casos excepcionales<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> CALAMANDREI, Piero., Op. cit., p.p. 44

<sup>46</sup> DI IORIO, Alfredo J., Op. cit., p. 91

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme., “La evolución de la técnica anticipada y de la tutela preventiva en Brasil”, XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013, p. 978

<sup>48</sup> VILLAMIL PORTILLA, Op. cit., p.p 171-190

La posición de estos y de muchos otros autores respecto al carácter instrumental, ha sido adoptada por el semillero pues denota el carácter meramente accesorio que las innominadas deben tener dentro del proceso, aspecto que jamás deberá olvidar el juez para que el desarrollo de la figura en su ejercicio jurisdiccional no sea corrompido y tienda a fines que no le han sido dados a las medidas, al punto de llegarlas a considerar un fin en sí mismas o darles un mayor alcance respecto al proceso al cual sirven, además, tampoco podrá denegar su decreto bajo el pretexto de que estas pueden configurarse como un prejuzgamiento, afectando el derecho de quien invoca la medida, pues repitiendo lo dicho, estas siempre van a tender al proceso al cual sirven de herramienta.

## 4.2.2 Carácter rogado

El hecho de que las medidas necesiten del ruego de la parte, según el derecho comparado es una característica que varía dependiendo de las legislaciones latinoamericanas a las cuales pertenecen, como por ejemplo Panamá, teniendo como base al artículo 569 de su Código Judicial, estableciendo que las medidas necesitan de la petición de quien las alega o Venezuela, donde EVELYN MORALES explica el alcance de la oficiosidad de las medidas cautelares innominadas al decir que: *“El artículo 585 del Código de Procedimiento Civil establece la judiciabilidad de las medidas cautelares, sólo el juez puede acordar esa medida, porque las mismas necesariamente se traducen en una restricción o limitación al ejercicio de los derechos fundamentales”*<sup>49</sup>, es decir, en este país proceden las genéricas de oficio.

En lo tocante a la legislación uruguaya, con relación a este importante elemento para el decreto de las medidas cautelares innominadas, en el artículo 311.3 de su C.G.P., esas medidas necesitan del ruego de parte, pero se hace la salvedad de que cuando la Ley lo autorice, el juez podrá actuar de oficio, ello según KLETT: *“ratifica el poder cautelar genérico, desde que no solo le permite al juez escoger la medida más idónea según las circunstancias del caso, sino que además le impone un poder-deber adicional: deber estar atento, alerta, compenetrado con las circunstancias del caso”*<sup>50</sup>. Es decir, y reiterando lo dicho, el papel del juez es fundamental, tanto como un árbitro lo es para un partido de fútbol, pues él es el vigía encargado de que la actuación procesal marche bien, conforme lo designa la propia Ley.

Este es un rasgo que es claramente adverso a lo que en materia cautelar se ha dicho en otros países latinoamericanos, pues en algunos de ellos la oficiosidad del juez al decretarlas es legalmente permitido, pero en Colombia, esa particularidad no está en manos del juez sino de la parte que la alega, aunque tal y como lo anota PORTILLA:

<sup>49</sup> MORALES, Evelyn., “Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas”, N° 4, 2008. ISSN 1856-7878, 2008, s.l., s.n., p. 512, <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/4-2008/art23.pdf>, Fecha de consulta: 18 de junio de 2014

<sup>50</sup> KLETT FERNANDEZ, Selva Anabella., Op. cit., p. 1019

“es el demandante y no el juez, quien determina si la obligación que esta por establecerse en el proceso declarativo está suficientemente respaldada, tarea en la que no puede ser substituido el juez”, es decir, en ningún caso podrá el juez de manera oficiosa decretar una medida cautelar innominada, pero ello no implica que todo el poder recaiga entonces en las partes, pues es obvio que el director del proceso es quien decreta o niega la medida estudiada, determinando cuan ajustada a derecho y a la realidad puede predicarse, porque en ningún momento podrá aprovecharse del estado de indefensión del demandado para ocasionarle un perjuicio con medidas que supuestamente tienden a proteger un derecho en litigio.

Entonces, y siguiendo con el tema de la facultad del juez frente a la admisibilidad y decreto de las cautelas innominadas, a este le corresponde tal y como lo indica el artículo 590 dimensionar su “proporcionalidad, necesidad y utilidad” deduciéndose entonces que no se coarta de manera radical el poder de acción del juez, solo que es necesario que para que este se pronuncie acerca del tema estudiado en un proceso determinado, el ruego de la parte, entrando él a determinar su procedencia y calculando sus consecuencias dentro del proceso para mantener un equilibrio entre la protección que se le da al demandante y la que merece también al demandado en miras a un proceso justo.

Destaca PORTILLA además, a través de una interpretación hermenéutica del artículo, que esa disponibilidad frente a las medidas cautelares no aplica para las medidas típicas que se encuentran en el código<sup>51</sup>, interpretación, que cree el semillero, es la correcta.

### 4.2.3 Disponibilidad del juez frente a las medidas

ANABELLA KLETT, citando a COUTURE, dijo que toda medida está sometida al principio *Rebus Sic Estantibus*, o sea, que si las situaciones fácticas que permitieron el decreto de la susodicha cambian, ello dará cabida a su cese, modificación o sustitución<sup>52</sup> siendo el artículo 313 del C.G.P uruguayo el que le da respaldo legal a esta afirmación, donde se dicta además que el tribunal debe: “1) apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente 2) establecer su alcance 3) establecer el término de su duración”<sup>53</sup>.

DI IORIO por su parte, en lo que respecta a la legislación argentina y refiriéndose al artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dice que: “las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron”<sup>54</sup>, estableciendo unas causales por las cuales estas dejarán de tener efecto, como por su caducidad o por la extinción del proceso, pero al igual que

<sup>51</sup> VILLAMIL PORTILLA, Op. cit., pp. 171-182

<sup>52</sup> KLETT FERNANDEZ, Selva Anabella., Op. cit., p. 1033

<sup>53</sup> República Oriental del Uruguay, El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Asamblea General, Ley 15.982 de 18 de octubre de 1988, Código General del Proceso

<sup>54</sup> República Argentina, Organismo: s.d., Ley N° 17.454 de 1981, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 202.

Colombia, en el ordenamiento jurídico argentino, las medidas cautelares, según lo que Di Iorio expresa en su escrito, que se dicten fuera del proceso y teniendo como base lo que dicta el código procesal de ese país en su artículo 207, caducarán si no se presenta demanda dentro de los 10 días siguientes a la ordenación y practica de las susodichas; eso es lo que la Ley y la practica dictan en la patagónica nación.

En lo concerniente a la nación panameña, el Código Judicial de ese país dispone que: *“El juez procurará en todo momento evitar daños y perjuicios y molestias innecesarias en la adopción o ejecución de la medida y podrá de oficio y bajo su personal responsabilidad, sustituir la medida, en el acto de la ejecución, oyendo al actor y, si fuere viable, al demandado o presunto demandado, siempre que queden plenamente asegurados los intereses del actor”*<sup>55</sup>, precepto que es ampliamente aceptado por Fábrega Ponce, donde se alcanza la disponibilidad con la cual cuenta el juez, para ejercer un control legítimo al proceso.

En este asunto, además de la experiencia panameña puede destacarse un aporte muy importante que tiene que ver con el decreto de la medida y es la subsidiariedad con la que debe ser concedida, siendo esta otra exigencia establecida en el ordenamiento jurídico de ese país, pues que para que se pueda adoptar una medida innominada no deberá existir otra medida cautelar más específica para conseguir el efecto deseado, es decir, el juez deberá observar que dentro de la normatividad no exista alguna medida tipificada que satisfaga los mismos resultados que producirá el decreto de la medida innominada, siendo así, el juez se abstendrá de decretar tal medida.

Sin embargo tal elemento en ocasiones resulta complejo y trae inconvenientes que entorpecen aún más el decreto de tales medidas, porque el juez tiene que hacer una comparación exhaustiva del conjunto de medidas existentes y determinar que la pedida por el demandante es la indicada y que no existe ninguna otra semejante que pueda producir efectos iguales, hecho que es criticado por los autores PONCE y ARJONA al considerar que *“los tribunales podrían estimar que otra figura cautelar de las contempladas en la ley es más idónea que la innominada, con la cual se afectarían desfavorablemente los intereses procesales del demandante”*<sup>56</sup>.

En Colombia, según el C.G.P, el juez frente a la medida *“establecerá su alcance, determinará su duración, y podrá disponer de oficio o a petición de parte de la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”*<sup>57</sup>, pues la amenaza del derecho en litigio eventualmente puede desaparecer, entonces, sería absurdo que esta se mantuviera vigente o que se decretasen con una “fecha de vencimiento” sin tener un porqué, pues la medida debe atender a la realidad de los hechos y no a caprichos por

<sup>55</sup> República de Panamá, Organismo: s.d., Clase, número y fecha: s.d., Código Judicial Panameño, Artículo 531 numeral 5, [https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp\\_pan-int-text-cj-lib2-1.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-cj-lib2-1.pdf), Fecha de consulta: 27 de mayo de 2014

<sup>56</sup> FÁBREGA PONCE, Jorge. y ARNULFO ARJONA, Adán., Op. cit., p. 117

<sup>57</sup> Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso de Colombia, Op. cit., artículo 590

parte del juez y/o de la parte que la alega. Cabe destacar en este punto, que se logra vislumbrar la oficiosidad del juez, es decir, los poderes que le permiten actuar teniendo en cuenta sus poderes y el conocimiento de cada caso específico para que en una determinada etapa del proceso, este puede actuar y tal como lo afirma el código, la modifique, cambie o deje sin efectos, dado que como es previsible, la ignorancia de las partes puede hacer que estas no hagan un buen uso de las herramientas que el legislador les proporciona, y en este punto, cuando el demandado no conozca de sus derechos de contradicción y defensa, es donde el juez, como figura dotada de jurisdicción y competencia, debe intervenir, esta vez, sin necesidad del ruego de la parte, para salvaguardar la dignidad y las garantías que cada interviniente del proceso merece.

Ahora, las medidas cautelares innominadas, como se dijo, no poseen una fecha específica para que caduquen porque ello depende de las circunstancias que rodeen a cada caso, pero en lo que respecta a las medidas pre-procesales dice VILLAMIL, que según lo expresado en el artículo 23 del C.G.P donde se dice que: *“para que las medidas cautelares anticipadas puedan vivir más allá de los 20 días siguientes a su práctica, el demandante deberá presentar demanda, si no, ella terminan su existencia y el juez de oficio las debe levantar”*, y atendiendo al caso en específico de esas medidas, si cabe mencionar que el auto que fija su práctica y decreto, imprime a su vez el día en el que sus efectos caducaran<sup>58</sup>.

Para finalizar este punto, lo que se desea es aclararle al juez que si bien se dijo que no puede decretar las innominadas de oficio, sí puede disponer de las medidas que se le soliciten o que ya han sido decretadas, atendiendo a las exigencias específicas de cada caso, teniendo como aportes importantes que es estrictamente necesario que las medidas deben cambiar cuando la situación que dio paso a su decreto cambia, que en el momento en que la parte solicite una genérica, él de oficio, puede disponer de una menos gravosa y respecto a lo que sucede en Panamá con la subsidiariedad y la crítica que PONCE y ARJONA manifestaron, considera el semillero que es viable que ese criterio sea tenido en cuenta por el juez, pues hace que esté más atento y sea más observante con el decreto de las medidas.

#### 4.2.4 Operancia de la caución

En este aparte, Di Iorio dice que la *“contracautela”* está destinada a *“asegurar a la parte que sufre la medida el resarcimiento de los daños que pueda causar en caso de ser pedida sin derecho”*<sup>59</sup>, a su criterio, el demandado se encuentra blindado contra los posibles daños que se le puedan ocasionar a su derecho, adoptando la postura que en general se mantiene en este aspecto cuando se dice que esa caución impide que se vulnere el derecho a la defensa del demandado.

<sup>58</sup> VILLAMIL PORTILLA, Op. cit., p.p 176-190

<sup>59</sup> DI IORIO, Alfredo J., Op. cit., p. 103

Ahora, sobre este tópico, este procesalista enseña algo que es de suma importancia al escribir que cuando “*el requiriente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenara a pagar los daños y perjuicios que la otra parte le hubiere solicitado*”<sup>60</sup>, es decir, que adicional al pago de la caución, la parte demandante deberá pagar por las lesiones que su insensatez al solicitar la medida, le causen al indefenso demandado, pero lo más interesante del asunto es que en la práctica argentina, esta responsabilidad ha sido determinada por dos teorías, la objetiva y la subjetiva<sup>61</sup>, que según BOTOS, la primera de ellas responsabiliza por resarcimiento de daños y perjuicios a quien solicitó la medida por el mero hecho de haberla trabado indebidamente; y la segunda, adoptada por la nación argentina, dicta que responderá el solicitante por el pago de los daños mencionados cuando se demuestre que esa parte actuó de mala fe<sup>62</sup>, es decir, que su pedido estuvo viciado por la ilicitud de su pretensión. Esta teoría debería ser la adoptada por el juez en Colombia, pues garantiza que será responsable quien actúe con dolo, siendo ello lo más justo.

De Panamá se puede destacar acerca de este punto, que su Código Judicial establece específicamente cómo debe realizarse el señalamiento de una caución por parte del juez, que tiene como finalidad ser un componente de seguridad para las partes que podrían ser presuntamente afectadas con el decreto de las medidas. El articulado expresa lo siguiente: “*Para garantizar los daños y perjuicios que se puedan causar, se señalará caución. Las cauciones se fijarán de acuerdo con lo que para cada caso se dispone y se consignarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 570. El auto que fije la cuantía, el que acepte la caución y el que la rechace, son apelables en el efecto devolutivo. Si el superior aumenta la cuantía de la caución, deberá complementarse en un término de tres días, contado desde la notificación del reingreso del expediente al juzgado de origen y, si dentro de dicho término no se complementa, se procederá a reducir proporcionalmente el objeto de la medida*”<sup>63</sup>

Es relevante señalar que debido a las implicaciones que traerían consigo el decreto de una medida instrumental en el marco de la igualdad real de las partes, es sumamente indispensable que los ordenamientos jurídicos regulen estrictamente este aspecto, es por ello que artículos como el 570, 571 y 572 del Código Judicial Panameño dan continuidad a lo señalado con anterioridad, en donde establecen que la caución podrá ser modificada si el juez lo considera necesario, también podrán ser reemplazadas las cauciones compuestas en dinero por otras en la misma especie, no en otra.

FÁBREGA y ARJONA en este aspecto expresan que este mecanismo tiene como “*fin garantizar la eventual responsabilidad por los perjuicios que pudiere irrogar la*

<sup>60</sup> *Ibíd.*, pág. 115

<sup>61</sup> *Ibíd.*, pp. 102-105, 113

<sup>62</sup> MARTÍNEZ BOTOS Raúl., *Op. cit.*, pp. 103-104

<sup>63</sup> Código Judicial Panameño, *Op. cit.*, artículo 531 numeral 6.

*medida*<sup>64</sup>, garantizando en definitiva el reparo de derechos que pueden en su momento, ser vulnerados.

Lo anteriormente dicho se instituye como la caución exigida por la Ley para la procedencia de la medida cautelar en Panamá, pero al igual que en Argentina, existe una indemnización de daños y perjuicios consagrada en el artículo 532 de su Código Judicial, donde se pone en manos del afectado el incidente para la reclamación por indemnización de daños y perjuicios, que se constituye como un mecanismo alternativo al fijado por la caución.

En Uruguay, el fin de la *contracautela* es servir de garantía al demandado quien es además un “*titular de una acción de daños y perjuicios si la cautela fue erróneamente adoptada o por la declaración de caducidad de aquella*”<sup>65</sup>. Esa protección que merece el demandado es resaltada por la doctrina de esa nación, según KLETT, porque la adopción de las medidas que aquí se estudian, no pueden ser “*una forma de extorsión e incluso un instrumento de afectación de los propios derechos sustanciales*” debiendo resguardar entonces los derechos de la persona que es objeto de la medida.

Este requisito pecuniario también está inmerso en el decreto de la medida en Colombia consagrado en el numeral segundo del artículo 590, donde se predica el establecimiento de una caución que debe allegar el demandante al proceso con el fin de dar una garantía al demandado que eventualmente pueda verse perjudicado por la medida, pero a ojos de VILLAMIL PORTILLA, el hecho de que el C.G.P establezca ese monto en el 20% de las pretensiones de la demanda es insensato, pues puede que los perjuicios que se causen sean mucho mayores o que el monto sea tan grande que impida el decreto de la medida<sup>66</sup>, coincidiendo DI IORIO en la misma apreciación de lo que puede ocurrir, cuando no se obra con prudencia al establecer una caución, por lo que esta debe atender al caso en específico y a la medida cautelar que se decreta. Esta posible problemática es reconocida por el semillero de investigación, por lo que se desea resaltar en este punto, que el juez al establecer la caución, lo haga apreciando e indagando cuales pueden ser los posibles perjuicios que esta busca resarcir, para que se configure como la verdadera garantía que la Doctrina y la propia Ley considera.

Sumado a ello, y siendo una apreciación que hace el grupo de investigación, cuando en un proceso, al demandante se le conceda el amparo de pobreza y este eventualmente solicite el decreto de una medida cautelar, este no debería estar obligado a proporcionar la caución exigida por la Ley al proceso, teniendo como base de esa premisa lo que dicta el artículo 154 del C.G.P, con el fin de que el acceso a la justicia, se dé sin importar condiciones sociales o económicas, haciendo efectivo el presupuesto constitucional de que todos los ciudadanos son iguales, así como la posibilidad de una

<sup>64</sup> FÁBREGA PONCE, Jorge. y ARNULFO ARJONA, Adán., Op. cit., p. 117

<sup>65</sup> KLETT FERNÁNDEZ, Selva Anabella., Op. cit., p. 1034

<sup>66</sup> VILLAMIL PORTILLA Edgardo, Op. cit., p. 183

tutela jurisdiccional efectiva, uno de los grandes propósitos del nuevo código del que se está hablando.

#### 4.2.5 Control de Convencionalidad

Habiéndose ya dilucidado los clásicos elementos que el juez, como director del proceso, debe valorar a la hora de emitir respuesta con respecto de una solicitud de medida cautelar, resulta relevante recordar, que tal y como lo establece el artículo 230 de la carta política colombiana, "*los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley*" lo cual, y atendiendo a la jerarquía constitucional que ostentan los tratados y convenios ratificados por el congreso<sup>67</sup>, ordena, entre otras cosas, que los jueces deben observar y respetar los convenios internacionales pactados por el país a la hora de implementar toda clase de medidas que de una u otra forma pudiesen afectar la integridad de alguna de las partes intervinientes en el proceso, evitando de ese modo, la materialización de un evidente detrimento a lo convenido entre naciones. Por lo tanto, es claro que el juez, como autoridad pública, y en general, los órganos vinculados a la administración de justicia, deben siempre, ejercer *Ex Officio* un "*control de convencionalidad*"<sup>68</sup> entre las normas internas y los tratados que el país haya pactado y ratificado a la hora de decretar medidas cautelares a lo largo de la *litis*, ya que de no atenderse criterio tan importante, se correría serio riesgo de transgredir directamente, determinados derechos y libertades propios del ciudadano, que no solo la nación, sino también la comunidad internacional, ha venido procurando salvaguardar de forma efectiva, destacando, *inter alia*, que bajo ninguna circunstancia dichas garantías deben ser limitadas por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole<sup>69</sup>.

Fue debido a la inobservancia de este criterio, por el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, condenó a este último a reparar los daños psicológicos así como a indemnizar la señora Karen Atala Riffo y sus tres hijas, pues en el transcurso de un proceso de tuición, el padre de las menores solicitó una medida cautelar de tuición provisional, argumentando que dicha medida debería ser decretada ya que la condición sexual de la señora Atala, quien era homosexual, atentaba contra la normalidad de la rutina familiar de las niñas y vulneraba el interés superior de estas, esa medida fue concedida por el juez que consideró que los argumentos que presentaba el padre de las niñas tenían más importancia dentro de una sociedad heterosexuada. La Corte Interamericana al

<sup>67</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad C-240 de 1 de abril de 2009, Magistrado Ponente. Mauricio Gonzales Cuervo, Expediente D-7411

<sup>68</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile de 24 de febrero de 2012, Presidente, Diego García-Sayán, Serie C, No. 239

<sup>69</sup> República de Colombia, Congreso de la República de Colombia, Ley 16 de 30 de diciembre de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969

estudiar el fallo definitivo, que fue a favor del padre, de la Corte Suprema de Justicia de Chile y el decreto de la medida de tuición provisoria dictada por los juzgados de menores de Villarrica, concluyó que estos laudos se fundaron en la orientación sexual de la señora Atala, violando así el derecho de la señora Atala Ruffo a la igualdad contenido en el artículo 24<sup>70</sup> de la convención americana sobre derechos humanos y la no discriminación contenido en el artículo 1.1 del convenio<sup>71</sup>, “*ya que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la convención*”<sup>72</sup>, haciéndose necesario que en el caso de las medidas cautelares innominadas en el C.G.P colombiano, cuando el juez proceda a decretarlas, este efectúe el respectivo control de convencionalidad para no atentar como se dijo, en contra de los derechos convencionalmente reconocidos.

## 5. DE LA OBSERVANCIA E IMPORTANCIA DEL PAPEL DEL JUEZ PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS

No es suficiente explicar tan solo los presupuestos indispensables para el decreto de medidas cautelares innominadas, pues resulta totalmente necesario analizar el papel de la persona que se hace garante del correcto manejo de la tutela cautelar, el juez, pues es quien tendrá el deber de materializar desde un inicio, la tutela jurisdiccional efectiva.

Para dimensionar la importancia del director de proceso, es necesario comprender primero que éste se encuentra dirigido por los principios del Estado Social de Derecho, en donde las leyes procesales no son ni más ni menos que la garantía de la justicia material, que constituyen la protección de los derechos fundamentales<sup>73</sup>. Es por ello que “*solo puede concluirse la existencia de un derecho cuando existe un mecanismo judicial para lograr su exigibilidad*”<sup>74</sup>, es viable entonces afirmar teniendo como premisa la constitucionalización del proceso, que este no es tan solo el medio para buscar la protección de un derecho, sino que es la razón de ser de estos. Pero la correcta administración de justicia no se agota en el proceso como tal, pues el papel del juez es trascendental, aún más cuando este debe hacer uso de instrumentos complejos que el legislador le otorga para un correcto desarrollo de su profesión.

<sup>70</sup> El artículo 24 de la Convención (Igualdad ante la Ley) estipula que: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

<sup>71</sup> El artículo 1.1 de la Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) dispone que: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>72</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cit., p. 34

<sup>73</sup> COUTERE, Eduardo J., Introducción al Estudio del Proceso Civil, 2ª ed., Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, pp. 22-23

<sup>74</sup> VARGAS SILVA, Luis Ernesto., “La función constitucional de los principios del Código General del Proceso”, XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013, p. 326

Actualmente la administración de justicia no pasa por su mejor momento, ello se debe a múltiples fenómenos tanto jurídicos como sociales, pero el que compete analizar en este momento, es la ocasional desnaturalización de la actividad jurisdiccional, un elemento que sin duda sería un enorme obstáculo para la correcta aplicación del poder cautelar genérico.

Por lo tanto, es importante que los operadores jurídicos dimensionen las nuevas visiones y tendencias que el Derecho ha adoptado en donde reina el humanismo social, comprendiendo que sus poderes se ven renovados, reforzados y limitados, estableciéndose en este punto que esa importancia tiene como punto de inicio y punto final un proceso más justo y sólido que tienda a recompensar a la comunidad con su valor más importante que es, como se dijo, la justicia, la cual no se obtiene con el simple aprendizaje de una técnica jurídica<sup>75</sup>.

Se comprende entonces que la justicia no es algo que se da por el simple hecho de conocer y aplicar de manera exegética la Ley, el espíritu del Derecho trasciende y va más allá de los compendios legales para reivindicar la importancia del perfil del juez, su capacidad para apartarse de los códigos e inmiscuirse con habilidad y destreza dentro del proceso, teniendo un conocimiento interdisciplinar para conseguir la decisión acertada y así manejar de manera inteligente la ductilidad que caracteriza a los procesos actuales y las exigencias que con ellos traen.

Adicional a ello, con la expedición del C.G.P, el legislador le ha otorgado una serie de herramientas procesales al juez, que para resultar eficaces, necesitan de su compromiso y entrega, posición que es adoptada por la Doctrina; en el caso específico de las medidas cautelares innominadas, la Ley exige unos requisitos abstractos para su procedencia, presupuestos que siempre dependerán del juez<sup>76</sup>, pero para poderlos aplicar, el operador jurídico debe ineludiblemente trascender del imperio de la Ley y utilizar medios subsidiarios también confiables que le permitan entender la magnitud del fenómeno jurídico y llegar a su correcta aplicación, como por ejemplo los estudiados en este escrito, que si bien son amplios y complejos, el análisis de ellos permitiría que el juez no caiga en el error al que JORDI NIEVA FENOLL llama como *“ley del mínimo esfuerzo”, es decir, en renunciar a la debida y detenida reflexión para resolver problemas, tratando de construir atajos que no son más que quebradizos puentes que conducen a falsos caminos*<sup>77</sup>, lo cual constituye una de las consecuencias de la crisis de efectividad del aparato judicial.

Como se evidencia, la labor es sumamente compleja por la carga jurídica proporcionada, sin embargo, el grupo de investigación le apuesta a que el simple

<sup>75</sup> CHARRY GONZÁLEZ, Aníbal., “Por un proceso civil con rostro humano”, XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013, p. 1128.

<sup>76</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. Op. cit.

<sup>77</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. “La Humanización De La Justicia”, VII Congreso Binacional de Derecho Procesal, Cúcuta, pág. 3

cambio comportamental ilustrado por parte de los jueces aminoraría en gran medida la inseguridad de estos frente a los poderes que la Ley les otorga, entre ellos el decreto de medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos, cambio que debe propenderse desde su formación en los principales pilares primarios de su educación, es decir, desde las universidades, en las facultades de Derecho y las escuelas judiciales para la preparación de jueces; esa exigencia de una formación ideal de estos personajes debe convertirse en un imperativo social, sedimento del correcto desarrollo procesal del derecho sustancial y por ende, de las garantías constitucionales, pues una correcta preparación y conocimiento multidisciplinar, dará paso a un mayor grado de confianza al momento de endosar grandes responsabilidades sobre los hombros de los jueces, pues “*el derecho puede crear un sistema perfecto en cuanto a su justicia, pero si ese sistema ha de ser aplicado en última instancia por hombres, el derecho valdrá lo que valgan los hombres*”<sup>78</sup>.

## CONCLUSIONES:

1. Las medidas cautelares innominadas son necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia, por lo que su integración al C.G.P supone un avance en materia procesal, propendiendo con ello la búsqueda de la tutela jurisdiccional efectiva.
2. El *fumus bonis iuris*, el *periculum in mora* y los demás requerimientos presentes en la norma como la necesidad, efectividad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida, son criterios generales e imprescindibles para el decreto de la medida cautelar innominada.
3. La vaguedad de la norma, la inexperiencia del juez frente a las medidas innominadas y la novedad de estas se proyectan como unas de las grandes problemáticas para la aplicación de estas a los procesos declarativos que el C.G.P regula.
4. Las medidas provisionales dictadas por los jueces en materia de tutela, son una fuente de conocimiento derivada de la experiencia donde el juez puede aplicar su experticia adecuándola los requerimientos que la Ley y los casos específicos le exigen para el decreto de las medidas cautelares innominadas establecidas en el Código General del Proceso.
5. De la doctrina y el derecho comparado latinoamericano puede destacarse que el juez nunca deberá darles a las innominadas un mayor alcance respecto al proceso al cual sirven, además, tampoco podrá denegar su decreto bajo el pretexto de que estas pueden configurarse como un prejuzgamiento.
6. No deberá olvidar el juez que su ejercicio respecto a las medidas estudiadas necesita del ruego de la parte que la solicita, es decir, no podrá decretarlas nunca de oficio.

<sup>78</sup>COUTURE, Eduardo J., Op. cit., p. 75

7. Si bien se dijo que no puede actuar de oficio el juez, si deberá ser observante frente a la solicitud de las atípicas con el fin de decretar la menos dañina así como modificarla, sustituirla o fijar su cese cuando los hechos que le sirvieron de fundamento han cambiado, con el fin de brindar la protección que también merece el demandado.
8. El juez al establecer la caución, debe apreciar e indagar acerca de la medida y de cuáles pueden ser los posibles perjuicios que esta busca resarcir, para que se configure como la verdadera garantía que la doctrina y la propia Ley designa, además, cuando a la parte se le conceda el amparo de pobreza en el proceso, no deberá serle exigida la caución mencionada.
9. A la hora de decretar la medida, deberá hacer el juez un “control de convencionalidad” con el fin de que la genérica no vaya en contravía de los derechos y garantías reconocidas en tratados internacionales ratificados por Colombia.
10. Por último, es imprescindible resaltar la importancia del papel del juez dentro del proceso, recalcando la necesidad de que este dimensione los alcances de la constitucionalización de su ejercicio, debiendo entonces evitar la comisión de errores productos de la concepción clásica y liberal del proceso.

#### **BIBLIOGRAFÍA:**

1. ALVARADO VELLOSO, Adolfo., “El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión”, *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
2. BERIZONCE, Roberto Omar, “Recientes Transformaciones del Proceso Civil, XXVI Congreso de Colombiano de Derecho Procesal”, *XXVI CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2005.
3. CALAMANDREI, Piero., *Providencias Cautelares*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina Cangallo 860, 1984.
4. CASTAGNET, Jorge E., BARLUENGA, Horacio D., “Las llamadas “medidas cautelares” en el código procesal civil y comercial de la nación”, *Medidas cautelares*, s.n., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1986.
5. CHARRY GONZÁLEZ, Aníbal., “Por un proceso civil con rostro humano”, *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
6. COUTERE, Eduardo J., *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, 2ª ed., Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978.
7. DE LOS SANTOS, Mabel., “Medida cautelar genérica o innominada”, *Medidas Cautelares*, Tomo I, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal- culzoni Editores, 2010.

8. DI IORIO, Alfredo J., *Temas de derecho procesal*, Buenos aires, Editores Depalma, 1985.
9. FÁBREGA PONCE, Jorge y ARJONA, Adán Arnulfo., “Medidas Cautelares Innominadas”, <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf>, Fecha de consulta: 25 de abril de 2014
10. FÁBREGA PONCE, Jorge., “El nuevo ordenamiento procesal civil de Panamá”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Serie E Varios Núm. 44, 1ª ed., 1988, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/21.pdf>, Fecha de consulta: 2 de junio de 2014.
11. GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio, et al, “Informe de ponencia para primer debate proyecto de Ley número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara”, *Gaceta del congreso: Senado y Cámara*, N° 114, 2012, Bogotá D.C., Imprenta Nacional de Colombia, <http://www.notinet.com.co/pedidos/Gaceta114-2012.pdf>, Fecha de consulta: 11 de junio de 2014.
12. KLETT FERNÁNDEZ, Selva Anabella, “Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay” *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
13. MARFIL, Andrés Manuel., “Audiencia, combinación, limitación temporal y estabilización como técnicas para hacer más efectiva la tutela cautelar”, *Medidas Cautelares*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.
14. MARINONI, Luiz Guilherme, “Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, *XXXIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2012.
15. MARINONI, Luiz Guilherme., “La evolución de la técnica anticipada y de la tutela preventiva en Brasil”, *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
16. MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares*, ed. 4ª, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999.
17. MITIDIERO, Daniel., “Tendencias en materia de tutela sumaria: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria”, *XXXII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2011.
18. MORALES, Evelyn., “Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 4, 2008. ISSN 1856-7878, 2008, s.l., s.n., <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/4-2008/art23.pdf>, Fecha de consulta: 18 de junio de 2014.

19. NIEVA FENOLL, Jordi. “La Humanización De La Justicia”, VII CONGRESO BINACIONAL DE DERECHO PROCESAL, Cúcuta, pág. 3.
20. NIEVA FENOLL, Jordi., “El elemento psicológico en la adopción de las medidas cautelares”, <http://portales.te.gob.mx/seminario/sites/portales.te.gob.mx/seminario/files/materiales/Jordi%20Nieva.pdf>, Fecha de consulta: 17 de junio de 2014.
21. OVALLE FAVELA, José, “Bases constitucionales para un proceso civil justo”, *XXVIII CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2007.
22. PARRA QUIJANO, Jairo., “Medidas cautelares innominadas”, *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
23. RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, “Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela cautelar judicial”, *Vniversitas*, N° 112 julio-diciembre, 2006, Bogotá D.C.,[s.n.], 63-90, [http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/documents/Restrepo3correg.000.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/Restrepo3correg.000.pdf). Fecha de consulta: 6 de junio de 2014.
24. VARGAS SILVA, Luis Ernesto., “La función constitucional de los principios del Código General del Proceso”, *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*, 1ª ed., Bogotá D.C., Editorial: Universidad Libre, 2013.
25. VILLAMIL PORTILLA, Edgardo., “Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso”, *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 1ª ed., Bogotá D.C., Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2012.
26. ZALAZAR, Claudia E., *Derecho procesal civil y comercial. Aspectos prácticos I, Medidas Cautelares*, 1ª ed., Córdoba, Alveroni Ediciones, 2010.
27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile de 24 de febrero de 2012, Presidente, Diego García-Sayán, Serie C, No. 239.
28. República Argentina, Organismo: s.d., Ley N° 17.454 de 1981, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, artículo 202.
29. República de Colombia, Congreso de la República de Colombia, Ley 16 de 30 de diciembre de 1972, *por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969*.
30. República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012 *Código General del Proceso*, Artículo 590 numeral 1 literal c.
31. República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, Sentencia T-162 de 20 de marzo de 1997, Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz, Expediente: T-115166.



32. República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, Auto N° 241 de 14 de julio de 2010, Magistrado Ponente. María Victoria Calle Correa, Expediente: s.d.