

# Revista de Derecho Procesal Contemporáneo



Semilleros de Derecho Procesal

Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – Semilleros De Derecho Procesal	Bogotá D.C. Colombia	No. 001	Julio- Diciembre Año 2015	ISSN 2463-0594	Págs. 185
--	-------------------------	---------	------------------------------	-------------------	--------------



INSTITUTO COLOMBIANO  
DE DERECHO PROCESAL

ISSN 2463-0594

*Revista de Derecho Procesal Contemporáneo*

*Semilleros de Derecho Procesal*

No. 1 – Edición Julio- Diciembre de 2015

Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Calle 67 No. 4ª- 09 Teléfonos: 310 44 09- 310 1091 Fax: 310 44 89

Diseño de Carátula: Diego Tobón

Bogotá, D.C. – Colombia

## MIEMBROS COMITÉ CIENTÍFICO

---

### **Dr. Álvaro Pérez Ragone**

Abogado de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Doctor en Derecho, Universidad de Colonia, Alemania. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (2009-2010). Integrante del Foro para la Reforma Procesal Civil, instaurado por el Ministerio de Justicia. Consultor en arbitraje internacional del estudio jurídico Marinoni Abogados, Curitiba, Brasil. Profesor de Derecho Procesal Civil, de Derecho Procesal Laboral y de Ética Aplicada en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

### **Dr. Antonio María Lorca**

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España). Es doctor en Derecho por la Universidad de Granada con la máxima calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. Es, también, Dottore in Giurisprudenza de la Università degli Studi di Bologna (Italia) con la máxima calificación de cento sul cento ciecì e lode. Es premio Avv. Mario Jachia a la mejor Tesi di Laurea de su especialidad concedida por la Università degli Studi di Bologna (Italia). Ha sido Becario del Real Colegio Albornociano de San Clemente de los españoles Bologna (Italia). Becario de la Deutscher Akademischer Austauschdienst y Becario de la Alexander Von Humboldt-Stiftung. Es Director de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. Miembro del Consejo editorial de la Revista General de Derecho Procesal editada por Iustel. Es Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Autor de varias obras jurídicas y tratadista internacional.

### **Dr. Carlos Colmenares Uribe**

Abogado egresado de la Universidad libre Seccional Cúcuta, en donde ejerció los cargos de Decano de la Facultad de Derecho y Rector Seccional. Magister (c) de Derecho Procesal. Es Conjuéz del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Norte de Santander, Presidente del

Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Norte de Santander y Profesor de Pregrado y Postgrado de la Universidad Libre. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

### **Dr. Jairo Parra Quijano**

Abogado de la Universidad Libre, ex rector de la misma Universidad. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro de los Institutos Mundial, Iberoamericano, Panamericano, entre otros. Es profesor Universitario, miembro de la Comisión Redactora y de la Comisión Revisora del Código General del Proceso. Autor de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

### **Dra. Selva Anabella Klett Fernández**

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Docente e investigadora de la Universidad de la República tanto en posgrados como en la formación dirigida a profesores y magistrados en diversas áreas como el derecho procesal y la técnica probatoria. Fue Directora del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay y Ministra del Tribunal de Apelaciones en lo Civil. Fue Jueza de Paz y Jueza Letrada en lo Civil. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal desde 1982, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal desde 2002, de la Asociación de Derecho Procesal Eduardo J. Couture desde 2008 e integrante del Consejo de Dirección de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, desde el año 2003. Autora de diversas obras jurídicas y tratadista internacional.

## MIEMBROS COMITÉ EDITORIAL

---

### **Dr. Alejandro Giraldo López**

Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Doctorado "Estructuras Económicas y Desigualdades Sociales" de la Universidad de Salamanca-España, master en Sociología Jurídica en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica Oñati, Gipuzkoa-España, magister en Derecho Económico en Pontificia Universidad Javeriana. Primer puesto en el VII Programa de Pasantías Secretaría General de la Comunidad Andina BID-INTAL. Docente de pregrado y postgrado en las universidad Nacional, Externado de Colombia, Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Actualmente se desempeña como Superintendente Delegado para el Control y Vigilancia de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

### **Dr. Carlos Andrés Pérez Alarcón**

Abogado. Especialista en Derecho Constitucional, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo y Magíster en Derecho Procesal. Con estudios en Derechos Humanos de la Universidad Alfonso X el Sabio de Madrid y en Sistema Penal Acusatorio del Instituto de Estudios Judiciales de Puerto Rico. Docente de pregrado y posgrado. Ex Fiscal. Actualmente Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira y presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Capítulo Risaralda.

### **Dr. Carlos Mario de la Espriella**

Abogado de la Corporación Universitaria del Caribe- CECAR, especialista en derecho procesal civil y derecho administrativo de la misma universidad, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente en la Corporación Universitaria del Caribe. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal- Capítulo Sucre.

### **Dr. Dairo Pérez Méndez**

Abogado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre y magíster en "Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado" de la Universidad Externado de Colombia, estudiante del doctorado en Derecho de la

Universidad de Buenos Aires (Argentina). Abogado litigante, asesor jurídico externo de entidades públicas y privadas, docente de Posgrados en el área de Derecho Público, desde hace más de doce años, en las Universidades: CECAR, Universidad de Sucre, Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería, Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, entre otras. Conjuez del Tribunal Administrativo de Sucre y Presidente del Capítulo Sucre del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

### **Dr. Gustavo Orlando Nicastro Seoane**

Egresado del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. Asesor Técnico Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Diplomado en Derechos Humanos con especialización en acceso a la justicia. Miembro de la Asociación de Derecho Procesal Eduardo J. Couture, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

### **Dra. Macarena Vargas**

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Diego Portales de Chile, Abogada título otorgado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile, Post-titulada en "Enfoque Sistémico de la Familia" por el Instituto Chileno de Terapia Familiar, diplomada en "Medición Familiar" por la Pontificia Universidad Católica de Chile, magister en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile, Candidata a doctora de la Universidad Católica de Valparaíso de Chile. Autora de diversas obras jurídicas.

### **Dr. Nattan Nisimblat Murillo**

Abogado de la Universidad de Los Andes. Especialista en Derecho Probatorio y en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario, Negociados del Programa de Negociación de las Universidades de Harvard, Instituto Tecnológico de Massachussets y TUFTS, Conciliador en Derecho, magister en Derecho de la Universidad de los Andes, doctorando en Administración, Hacienda, Justicia y Estado Social de la Universidad de Salamanca. Miembro Instituto Colombiano de Derecho Procesal; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, autor de obras en Derecho Procesal, Derecho Probatorio y Derecho Procesal Constitucional.

### **Dr. Ramón Antonio Peláez**

Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia y en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, magister en Derecho Procesal de la Universidad Libre y doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Docente de postgrados de la U. Externado de Colombia. Libre, Católica de Colombia. Sergio Arboleda y Santo Tomás Seccional Bucaramanga. Docente de pregrado de la U. Autónoma de Colombia, Incca y Colegio Mayor de Cundinamarca. Coordinador de la Especialización de Derechos Humanos de la Universidad Incca de Colombia.

## **Dr. Rodolfo Pérez Vásquez**

Abogado, especialista en Derecho Procesal, especialista en Gestión de Proyectos Educativos, magister en Derecho Procesal, doctor (c) en Derecho Procesal Contemporáneo. Par académico del Ministerio de Educación Nacional, abogado litigante, docente de pregrado y posgrado. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Presidente Capítulo Atlántico del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Conjuez del Tribunal Superior Sala Civil.

## **Dr. Samir Alberto Bonett**

Abogado de la Universidad Libre, especialista en Derecho Laboral, candidato a Doctor de la Universidad Libre de Colombia. Vicepresidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Norte de Santander. Docente, investigador y director del Semillero de Derecho Procesal y del Semillero de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta.

## PARES ACADÉMICOS

---

### **Dr. Enrique Letelier Loyola**

Magister en Reforma Procesal Penal y Comunicación Forense. Doctor en Derecho- Doctor Europeus por la Universidad de Salamanca. Secretario de Docencia y Perfeccionamiento Académico. Director del Semillero “Sociedad de Debate” de la Universidad de Antofagasta. Miembro colaborador del Grupo de Investigación de Excelencia USAL, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Docente de pregrado y postgrado de la Universidad de Antofagasta. Autor de diversas obras jurídicas. Tratadista internacional.

### **Dr. Fredy Hernando Toscano López**

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, conciliador extrajudicial en derecho, especialista en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, master oficial en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del departamento de derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal.

### **Dr. Gamal Mohammand Othman Atshan Rubiano**

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Financiero, Cambiario y Bursátil del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especialista en instituciones Jurídico Familiares de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en derecho Comercial de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho Probatorio del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y doctor en derecho de la misma Universidad. Autor de diversas obras jurídicas.

### **Dr. Giovanni Priori Posada**

Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster por la Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Director de la Maestría en Derecho Procesal, Socio del Estudio Priori & Carrillo Abogados. Árbitro en la Cámara de Comercio de Lima en la Cámara de Comercio Americana del Perú, del Centro de Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Cámara de Comercio de Guayaquil.



Conferencista internacional, autor de diversos libros y artículos en revistas nacionales e internacionales.

## **Dr. Juan David Gutiérrez**

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister en Derecho y Economía (LL.M.) de la Universidad de Bolonia y de la Universidad Erasmus Rotterdam, magister en Políticas Públicas de la Universidad de Oxford. Fue Becario Erasmus Mundus, Chevening y Colfuturo. Docente de la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad de Los Andes. Secretario de la Comisión de Revisión del Proyecto de Ley del Código General del Proceso. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

## **Dr. Manuel González Castro**

Abogado de la Universidad Nacional de Córdoba- Argentina. Magister en Derecho Procesal y Doctor en Derecho de la Universidad Nacional del Rosario- Argentina. Docente de Teoría General del Proceso en la Universidad Nacional de Córdoba.

## **Dra. María Cristina Chen Stanziola**

Abogada con honores de la Universidad de Latina de Panamá, con maestría en Derecho Mercantil de la Universidad Santa María La Antigua, especialista en Mediación en la Universidad de Panamá, especialista en Asesoría Jurídica de Empresas de la Universidad Politécnica de Madrid, con maestría en Derecho Procesal en la Universidad de Panamá, doctora en Derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua, con la distinción Summa Cum Laude. Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Actualmente, es docente de la Universidad de Panamá y abogada litigante. Autora de diversas obras jurídicas.

## **Dr. Néstor Raúl Sánchez Baptista**

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo, especialista en Derecho Público y magister en Derecho Público. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, asesor, litigante y docente universitario de pregrado y postgrado. Autor de diversas obras jurídicas.

## **Dr. Robert Marcial González**

Abogado por la Universidad Católica de Asunción. Magíster en Derecho Procesal por Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Magíster en Acción Política por las Universidades Rey Juan Carlos y Francisco de Vitoria, ambas de Madrid, España. Autor de diversas obras jurídicas.

## CONTENIDO

---

Editorial <i>Magda Isabel Quintero Pérez</i>	11
Compatibilidad o incompatibilidad de medidas cautelares nominadas e innominadas en procesos declarativos civiles. Un estudio desde la protección a la tutela judicial efectiva <i>Semillero de Derecho Procesal de la Corporación Universitaria del Caribe, Sincelejo</i>	12
El derecho de defensa del comerciante demandado y la imposición de medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal <i>Semillero de Derecho Procesal Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá</i>	36
De la tutela cautelar innominada y la potestad discrecional del juez <i>Semillero de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile</i>	68
Medidas cautelares innominadas en el proceso penal destinadas a la protección de la propiedad intelectual de obras cinematográficas en el ciberespacio <i>Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Libre, Seccional Cali</i>	83
El juez de apoyo colombiano en materia de medidas cautelares innominadas en el proceso arbitral internacional <i>Semillero de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana Cali</i>	99
La medida cautelar innominada: Antonomasia del acceso a la administración de justicia <i>Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja</i>	124
La aplicación de medidas cautelares innominadas y anticipatorias, como posible solución, a las nuevas problemáticas del derecho laboral: La discriminación y el mobbing <i>Semillero de Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires, Argentina</i>	153

## EDITORIAL

---

La Revista de Derecho Procesal Contemporáneo Semilleros de Derecho Procesal, tiene como objetivo difundir las investigaciones realizadas por los estudiantes de derecho que a través de los grupos de semilleros, presentan sus ideas a la comunidad académica dentro de los espacios creados por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en especial, el Concurso de Estudiantes Nivel Pregrado.

Esta publicación pretende llevar a todos los rincones del planeta las ideas de nuestros Semilleros quienes son la razón del ser del ICDP, pues en ellos descansa nuestra esperanza por conseguir esa paz tan anhelada por los colombianos, la cual estamos seguros podemos lograr si desde la academia luchamos porque los jóvenes lleven las banderas del conocimiento y sus propuestas contribuyan a construir una sociedad en donde reine la armonía, la justicia y la solidaridad.

Esperamos con esta obra crear lazos académicos entre las todas las Universidades del mundo y seguir siendo el escenario para que los estudiantes de derecho expresen su pensamiento de forma libre y compartan sus conocimientos, recordando a nuestro maestro Jairo Parra Quijano, quien nos enseña que quien usufructúa lo que sabe solo en beneficio propio, se envilece.

**Magda Isabel Quintero Pérez**

Editora

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

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

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

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

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

**RESUMEN:**

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

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

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

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

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

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

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

## ABSTRACT

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

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

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

## INTRODUCCIÓN

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>12</sup> AGUADO. Óp. Cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>17</sup> *Ibid.*, p.11.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>31</sup> PARRA. Óp. Cit. P. 311

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

<sup>33</sup> PARRA. Óp. Cit. P. 310.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>40</sup> *Ibíd.* p. 75

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>51</sup> PARRA. Óp. Cit. P. 306

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

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

## CONCLUSIONES

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

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

## PROPUESTAS

A partir de las conclusiones expuestas, nuestro semillero propone:

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

## REFERENCIAS

### LIBROS

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

## ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

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

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

## NORMATIVA

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

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

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

## JURISPRUDENCIA

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

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

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

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

## VIDEOS

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

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

## TESIS

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

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

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

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

### DOCUMENTOS ELECTRONICOS

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

EL DERECHO DE DEFENSA DEL COMERCIANTE DEMANDADO Y LA  
IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN  
PROCESOS DE COMPETENCIA DESLEAL \*

Semillero de Derecho Procesal  
Pontificia Universidad Javeriana \*\*

*María Jimena Díaz Baquero<sup>I</sup>, Sebastián Escobar Torres<sup>II</sup>,  
María Camila Henao Castillo<sup>III</sup>, Álvaro Camilo Ibáñez García<sup>IV</sup>,  
María de la Paz Jácome Samper<sup>V</sup>, Juan Diego Mojica Restrepo<sup>VI</sup>,  
Camila Osorio Hurtado<sup>VII</sup>, Juan David Puyana Mantilla<sup>VIII</sup>,  
Claudia Bibiana Ramírez Carrillo<sup>IX</sup>*

*Director: José Fernando Mestre Ordóñez<sup>X</sup>*

\* Artículo inédito. Recibido 23 de febrero de 2015 – Aprobado el 20 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 y mejor escritas del Concurso.

\*\* Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

<sup>I</sup> Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

<sup>II</sup> Estudiante de VIII semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

<sup>III</sup> Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

<sup>IV</sup> Estudiante de VIII semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

<sup>V</sup> Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

<sup>VI</sup> Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

<sup>VII</sup> Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

<sup>VIII</sup> Estudiante de VIII semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

<sup>IX</sup> Estudiante de X semestre de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

<sup>X</sup> Profesor de Teoría General del Proceso y de Derecho Procesal Penal en la Universidad Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

## RESUMEN

La presente labor académica tiene como objetivo medular efectuar un estudio crítico acerca de la garantía al derecho de defensa del comerciante demandado a quien se imponen medidas cautelares en procesos de competencia desleal. Así, con base en análisis de fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, se evidenciarán las problemáticas jurídicas más relevantes que en lo relacionado con su efectividad se presentan.

Para ello, se estudiará lo relacionado con la garantía de este derecho desde dos escenarios. En primer lugar, desde instancias previas al decreto de la cautela, considerando la relevancia de los criterios que debe observar el juez para imponerlas y las dificultades que allí se presentan, así como desde la órbita posterior a su imposición, evidenciando el desequilibrio existente en la relación procesal demandante-demandado y justificando la necesidad de reforzar las garantías que al accionado le deben asistir en materia de competencia desleal.

**Palabras clave:** medidas cautelares innominadas, competencia desleal, igualdad procesal, derecho de defensa, código general del proceso.

## ABSTRACT

The work submitted has as a main objective to make a critical review about the guarantee of the right to defense that the defendant trader, who is object of precautionary innominate measures has, inside unfair competition court proceedings. This way, and based in the analysis of legal, doctrinal and case law sources, the main issues about its effectiveness will be shown.

For this purpose, the guarantee of this right will be studied from two different scenarios. First of all, before the precautionary innominate measure is ordained, identifying the significance of the criteria that the judge must obey in order to impose them and the difficulties about that are found there. This rights guarantee will be also studied after the measure is ordained, proving the procedural imbalance that exists on the complainant-defendant relationship and justifying the need to reinforce the guarantees that the accused inside unfair competition court proceedings must have.

**Key words:** precautionary innominate measures, unfair competition actions, procedural equality, right to defense, general procedural code.

## INTRODUCCIÓN

La presente disertación académica tiene como propósito analizar de forma crítica los supuestos que rodean la defensa procesal del comerciante demandado, quien en desarrollo de un proceso judicial de competencia desleal es objeto de la imposición de

medidas cautelares innominadas. De esta forma, se evaluarán las principales problemáticas allí existentes y se evidenciará, desde dos órbitas temporales divergentes, cómo el derecho de defensa del comerciante demandado puede ser revisado en algunos de sus aspectos sustanciales, pues su garantía, en muchas ocasiones, parece no materializarse en lo que en materia de competencia desleal se refiere.

Así, se procederá a efectuar una breve revisión de las medidas cautelares *in genere* y de las innominadas o atípicas como especie suya, para luego proceder a revisar sucintamente los aspectos procesales de la competencia desleal, mostrando la existencia de un poder cautelar genérico desde varios lustros atrás en la materia.

Con los conceptos jurídicos básicos sobre el tema a tratar ya aclarados, se procederá a valorar la garantía de esta prerrogativa constitucional bajo la óptica del demandado, desde dos puntos de vista claramente definidos. En primer lugar, se referenciará un momento *previo* a la imposición de la tutela cautelar, evaluando los criterios existentes en la materia, la coexistencia de la Ley 256 de 1996 con el Código General del Proceso y las problemáticas de interpretación que sobre el tema particular existen, cuya indeterminación puede soslayar las prerrogativas del accionado.

*A posteriori*, se evaluará esta garantía cuando ya es impuesta la cautela, denotando el desequilibrio procesal existente y la inacción de la ley procesal ante las notorias vulneraciones que a este supuesto se efectúa en materia de medidas innominadas. Así, se identificará que la relevancia de este tipo de cautelas atípicas, si bien puede lesionar el derecho de defensa del demandado no deberá desnaturalizarse su objeto ni replantearse su estructura, sino que deberán reforzarse las garantías procesales que al demandado le deben asistir frente a su decreto e imposición.

## 1. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL

### 1.1 Aproximación conceptual a las Medidas Cautelares

El estudio del derecho de defensa del comerciante demandado a quien se imponen medidas cautelares, exige brindar claridad sobre los conceptos fundamentales del tema a tratar, por lo que se iniciará por hacer una breve mención acerca de las medidas cautelares, considerando la relevancia de las mismas en el desarrollo del proceso civil y su relación directa con la eficacia del fallo que como consecuencia del mismo se profiere.

El maestro Piero Calamandrei define a las medidas cautelares como “*la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podríase derivar como producto del retardo de la misma, añadiendo que estas no*

*constituyen un fin en sí mismo, sino que están preordenadas a la emanación de una anterior providencia definitiva, asegurando así su resultado práctico”<sup>11</sup>.*

A nivel nacional, el doctrinante Hernán Fabio López señala que se tratan de “*aquellas providencias que, ya de oficio o a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez, y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada*”<sup>12</sup>.

Entre características más relevantes, se encuentran que *son actos de naturaleza jurisdiccional*, pues el decreto de medidas cautelares sólo le compete al juez o a quienes excepcionalmente ejerzan funciones jurisdiccionales, tal y como ocurre en el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal.<sup>13</sup> Así mismo *son instrumentales*, pues se establecen en servicio del proceso y de la efectividad de la sentencia, es decir, las mismas no se consideran un fin en sí mismas, pues son accesorias al proceso principal y buscan facilitarle al mismo la eficacia de sus efectos, mediante el establecimiento de precauciones efectivas y oportunas<sup>14</sup>.

Además de ello *son provisionales*, pues deben permanecer en el tiempo únicamente si los motivos que originaron su decreto subsisten y máximo deben perdurar hasta el momento en el que se dicta la sentencia, evitando así la causación de mayores perjuicios a la parte ejecutada o demandada.<sup>15</sup> lo que no es óbice para que sean *mutables*, ya que pueden ser modificadas a petición de parte o de oficio, en la medida en que las condiciones fácticas que dieron lugar a su decreto cambien de manera sustancial, bien porque se tornen innecesarias o excesivas, o porque sea necesario reforzar las garantías del fallo futuro<sup>16</sup>.

Otro carácter sustancial es que *no se necesita la vinculación previa de la parte demandada ni tampoco se requiere oír sus declaraciones para que el juez declare la medida cautelar* lo que tiene como finalidad evitar que sean ilusorios los futuros efectos que ha de producir la sentencia, justificando así su tramitación antes de darle

<sup>11</sup> CALAMANDREI, Piero. Citado por: PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. p. 4.

<sup>12</sup> LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 7ª edición. Tomo I. Bogotá. Dupre Editores. 1997. p. 143.

<sup>13</sup> Sobre la naturaleza jurisdiccional de las medidas cautelares, revisar: KLETT FERNÁNDEZ, Selva. *Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá. 2013. p. 1014 y ss.

<sup>14</sup> ROJAS GONZÁLEZ, Germán Eduardo. *Esencia y trámite de la función cautelar*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1996. p. 3.

<sup>15</sup> Sobre la naturaleza provisional de las medidas cautelares revisar: PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. pp. 10-11.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 13.

conocimiento del proceso al demandado, por cuanto se pretende impedir que este último ejecute medidas tendientes a fin de evadir la acción de cautela<sup>17</sup>.

Las medidas cautelares tienen un *carácter taxativo* y solo se podrán decretar en aquellos eventos previstos expresamente por la ley. Esta característica hace referencia al hecho de que la procedencia de este tipo de figuras procesales no se haya dejado librada a la oportunidad y el criterio del juez, sino que se autoriza expresamente en cada caso la posibilidad de ser solicitadas y decretadas<sup>18</sup>, sin que se pueda confundir este concepto con el carácter innominado de algunas medidas<sup>19</sup>.

Finalmente, su imposición debe observar los requisitos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. El criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, “*se traduce en la existencia de un derecho radicado en cabeza del demandante que, prima facie, lleva a la conclusión al juez que, de no discutirse dicha apariencia, el derecho invocado es verosímil y factible*”<sup>20</sup>, es decir, que el derecho del demandante sea más probable que el del demandado.<sup>21</sup> Esto se traduce en la carga procesal del peticionario de aportar pruebas que permitan al juez presumir la existencia y veracidad del derecho, para que así pueda decretar la cautela. El otro requisito es el del *periculum in mora* o el peligro en la demora, el cual hace referencia al “*riesgo a que podría quedar expuesta la efectividad de la sentencia de mérito, a causa del retardo en su pronunciamiento*”<sup>22</sup>, pues por el paso del tiempo podría ocasionarse una pérdida o daño en los intereses del demandante<sup>23</sup>.

## 1.2. Justificación para la existencia de medidas cautelares

Como bien reseña Javier Gilsanz Usunaga en su obra sobre el tema, las medidas cautelares tienen una doble finalidad, por un lado preventivo de un daño irreparable y, por otro, asegurativo de una situación o circunstancia determinada mientras dure la pendencia del proceso<sup>24</sup>.

<sup>17</sup> QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y Medidas cautelares*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1985. p. 50.

<sup>18</sup> GARCÍA SARMIENTO, Eduardo; GARCÍA OLAYA, Jeannette. *Medidas Cautelares. Introducción a su estudio*. 2ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2005. pp. 15-16.

<sup>19</sup> Por ejemplo, señala Héctor Quiroga Cubillos en su obra sobre medidas cautelares, que la taxatividad se refiere a que “*la cautela deberá estar taxativamente autorizada por la ley, ya que en esta materia son muy pocos los casos de discrecionalidad para que el juez pueda decretar otras según las circunstancias que observe en un momento determinado*” siendo esta una apreciación de la innominatividad y no de la taxatividad. QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y Medidas cautelares*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1985. p. 41.

<sup>20</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sentencia del 2 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Oscar Fernando Yaya Peña. Expediente: 2011-360-01.

<sup>21</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Medidas Cautelares Innominadas: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá. 2013. p. 311.

<sup>22</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sentencia del 2 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Oscar Fernando Yaya Peña. Expediente: 2011-360-01.

<sup>23</sup> BARROZO OSORIO, Tulia. “*De las medidas cautelares en general*” En: *Revista Saber, Ciencia y Libertad*. Volumen 4. N° 1. Cartagena de Indias. Universidad Libre – Sede Cartagena. p. 137.

<sup>24</sup> GILSANZ USUNAGA, Javier. *El proceso judicial estadounidense: La tutela judicial cautelar*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2010. p. 119.



Así, se puede inferir que la relevancia de las medidas cautelares responde a la necesidad del demandante de que un eventual fallo judicial que le resulte favorable, pueda ser efectivamente cumplido y se produzcan los efectos que el mismo pretende generar. En palabras de Peláez Bardales, “*su finalidad es el aseguramiento anticipado de un bien, objeto de la pretensión, impidiendo que ella se ilusoria e irrealizable, evitando así que se tornen ilusorios los derechos del demandante, ante la posibilidad cierta de que se dicte una sentencia de imposible ejecución, pues ante un no aseguramiento preliminar y preventivo, el obligado, en tanto dure la secuela del proceso, puede poner perfectamente a buen recaudo su patrimonio*”<sup>25</sup>. Sobre este punto también se ha pronunciado Luis Alfredo de Diego Díez, señalando que para evitar el peligro del paso del tiempo, se requiere de la tutela cautelar, como una manifestación específica de la tutela judicial, dirigida a asegurar o garantizar la efectividad de la resolución obtenida en otro proceso al que se denomina principal<sup>26</sup>.

Este criterio es recogido por la Corte Constitucional de Colombia en reiteradas ocasiones, señalando que la finalidad de las cautelares al interior de los procesos judiciales es proteger preventivamente “*a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada*”. Así, ha señalado esta corporación, que las medidas cautelares buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, ya que los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo así la destrucción o afectación del derecho controvertido<sup>27</sup>.

Atendiendo a todo lo anterior, resulta importante señalar que el sustento jurídico que soporta la imposición de medidas cautelares recae sobre un análisis de probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en el proceso judicial, sin requerir entonces un estudio exhaustivo y de fondo sobre la veracidad del derecho, precisamente porque la función de las medidas cautelares es preventiva, máxime si se tiene en cuenta que la decisión de fondo sobre la existencia del derecho objeto del litigio conlleva la concreción de diferentes etapas procesales en periodos extensos de tiempo en los que se requiere activar, para prevenir los estragos del paso del tiempo, la función cautelar con que cuenta el demandante<sup>28</sup>.

### 1.3. Del poder cautelar genérico y las medidas cautelares innominadas

<sup>25</sup> PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. p. 17.

<sup>26</sup> DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo. “*Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Civil Hondureño*” En: *Módulo Instruccional – Medidas cautelares en el Proceso Civil Hondureño*. Escuela Judicial de Honduras. Tegucigalpa – Santa Rosa de Copán. p. 14.

<sup>27</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-379 del 27 de abril de 2004. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Expediente: D-4974

<sup>28</sup> MAQUES, Natalia y SAC, Matías. *Las Medidas Cautelares contra la Administración Pública: Una mirada desde el Fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo*. 1ª edición. Buenos Aires. p. 47.

Como señala la profesora Selva Anabella Klett en su escrito sobre medidas cautelares innominadas, el poder cautelar genérico “*puede categorizarse como la competencia que posee cualquier órgano con función jurisdiccional para decretar, de oficio o a petición de parte, en cualquier tipo de proceso, en cualquier estado de la causa, cualquier tipo de medida idónea que tienda a la protección de determinados derechos, amenazados, puestos en peligro, dada la natural duración de los procesos, para establecer su contenido, su alcance y duración, así como la modificación, sustitución o cese de aquella*”<sup>29</sup>.

En ese orden de ideas surgen las medidas cautelares innominadas son una expresión del mencionado poder cautelar genérico, las cuales son definidas por el maestro Jairo Parra Quijano como aquellas “*que no están previstas expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decrete si la encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión*”<sup>30</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, es pertinente señalar las características principales de la figura que se aquí se estudia, cuya finalidad, como advertíamos previamente, es “*prevenir que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra*”<sup>31</sup>.

Adicionalmente, cabe resaltar dentro de los elementos distintivos de las medidas cautelares innominadas las siguientes:

No se encuentran especificadas en la ley.

“*Como su nombre lo indica, no están específicamente contempladas en la ley, como ocurre con las nominadas o típicas, sino que en el sistema de las medidas cautelares, concurren con éstas o pueden ser dictadas con independencia de ellas, por lo que se les llama también atípicas o provisionales. Son pues, la expresión de un poder cautelar general, reconocido al juez en este campo, con el fin de que pueda proveer—sin las limitaciones que le impone el tradicional sistema de las medidas cautelares nominadas—a la mejor escogencia de los medios para asegurar el resultado procesal y de ejecución a que aspira una de las partes*”<sup>32</sup>.

Las dicta el juez según su prudente arbitrio.

<sup>29</sup> KLETT FERNÁNDEZ, Selva. *Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá. 2013. p. 1013.

<sup>30</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Medidas Cautelares Innominadas: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá. 2013. p. 302.

<sup>31</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-835 de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente: D-9626.

<sup>32</sup> Ob. Cit. p. 91.

“Las dicta el juez según su prudente arbitrio, con criterio de oportunidad, atendiendo a la diversidad de circunstancias que presenta la vida, las cuales difícilmente pueden estar todas en la ley. [...] El arbitrio judicial—según Couture—ha de entenderse en general, como la *“facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar las pruebas de los mismos sin estar sujetos a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender [...]”*<sup>33</sup>.

Son de naturaleza preventiva.

*“Por su naturaleza cautelar, las medidas innominadas, lo mismo que las innominadas tienden a prevenir el riesgo manifiesto de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo, y a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, por lo que deben darse para su decreto, los presupuestos generales establecidos por la ley para las medidas típicas o nominadas”*<sup>34</sup>.

## 2. DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN GENERAL

Luego de haber analizado de forma sucinta lo relacionado con las medidas cautelares, como el tópico propuesto para la presente disertación, será conducente hacer una breve mención al régimen de competencia desleal y a sus aspectos procesales, toda vez que será a la luz de este tipo de procesos judiciales que se analizará el estado del derecho de defensa del comerciante a quien se imponen medidas cautelares, como ya ha sido anunciado.

El régimen general de competencia se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados<sup>35</sup>. Este postulado general encuentra fundamento en la Constitución Política de 1991 en los artículos 88 y 333, donde se consagra la disposición de las acciones colectivas como instrumento de protección de *la libre competencia económica* y los principios de libertad de empresa, libre competencia y libertad económica como derechos radicados en cabeza de todos los ciudadanos y sometidos a los límites que establezca la ley.

Las normas que regulan el derecho de la competencia en nuestro ordenamiento proscriben las conductas que impliquen restricciones o limitaciones por parte de los participantes del mercado al derecho constitucional a la libre competencia, contemplando además los procedimientos tendientes a determinar la comisión de infracciones y las correspondientes sanciones. Así lo señala el artículo 46 del Decreto 2351 de 1992, cuando indica que *“en los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”*.

<sup>33</sup> Ob. Cit. p. 92.

<sup>34</sup> Ob. Cit. p. 92.

<sup>35</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Protección de la Competencia. Auto No. 587 del 12 de Marzo de 2010.

## 2.1 De la Competencia Desleal

De acuerdo al criterio de la Corte Constitucional Colombiana, “*se considera desleal toda actuación que busque incidir en la decisión de la clientela y que sea idónea para direccionar el consumo hacia un determinado producto o servicio, a través de la cual se posicione al comerciante en un mercado, siempre que se haga mediante medios contrarios a la pulcritud y honestidad que rigen las relaciones jurídicas. De ahí que, estas acciones no busquen prevenir o resarcir daño alguno, cuando quiera que la ventaja competitiva sea adquirida de manera legítima, o lo que es lo mismo, como consecuencia de la dinámica del mercado*”<sup>36</sup>.

En el ordenamiento jurídico nacional, la Ley 256 de 1996 es la norma especial que regula lo atinente a la competencia desleal. Sus disposiciones, más que consagrar asuntos eminentemente sustanciales, regulan los mecanismos de acceso a la administración de justicia y las disposiciones procesales para tramitar las controversias derivadas de la comisión de actos de competencia desleal. Así, en primer lugar, esta norma determina una serie de conductas ilegítimas, tales como la desviación de la clientela, la violación de secretos, la explotación de la reputación ajena, la inducción de la ruptura contractual y los actos de comparación, imitación, descrédito, desorganización, confusión y engaño y luego contempla las acciones, el trámite, la competencia judicial y los aspectos procesales con los que un comerciante puede impugnar los actos lesivos que afecten o pretendan afectar, a futuro, su órbita patrimonial.

### 2.1.1 Aspectos procesales en materia de competencia desleal

Como fue previamente advertido, la Ley 256 de 1996 regula los aspectos procesales más relevantes que en materia de competencia desleal requieren ser tenidos en cuenta. Así, como referíamos sucintamente, esta norma regula el trámite de las acciones por competencia desleal, las cuales se encuentran en el artículo 20 de esta norma y por medio de las que se permite a un afectado por ese tipo de actos, incoar sus mecanismos de defensa:

*“1. Acción declarativa y de condena: El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley.*

*2. Acción preventiva o de prohibición.: La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite*

---

<sup>36</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-379 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente: T- 3.755.520

*la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno”<sup>37</sup>.*

Cabe destacar, que además de la posibilidad de incoar este tipo de acciones, desde el año 1996 existe un poder cautelar genérico en materia de competencia desleal, pues desde allí se permite al juez determinar cualquier medida cautelar que resulte pertinente, situación que será profundizada en las siguientes líneas de este escrito que da pleno sustento a los postulados y disertaciones evaluadas en este escrito. Estas acciones y medidas cautelar, que revisten un carácter jurisdiccional, representan los mecanismos judiciales con que cuenta el supuesto afectado por un acto de competencia desleal, para que así pueda acudir al juez competente, quien tramitará este tipo de pretensiones por la vía ordinaria y declarará si existe o no un acto de competencia desleal en los términos de la Ley 256 de 1996.

Cabe destacar que la introducción del Código General del Proceso a nuestro ordenamiento jurídico trajo consigo sendas modificaciones en los procesos judiciales de competencia desleal, por cuanto derogó la mayoría de las disposiciones que en materia procesal contenía la Ley 256 de 1996, lo cual hace necesaria una breve referencia a tales modificaciones.

En primer lugar, sobre el juez competente para dirimir estas controversias, el Código General del Proceso asignó de forma genérica al Juez civil del circuito en primera instancia<sup>38</sup> y además confirió atribuciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer en sede judicial este tipo de pretensiones<sup>39</sup>.

Esta competencia, como bien determina el CGP, es a prevención, lo que en términos del parágrafo 1 del artículo 24 significa que *“no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos.”* En lo que en materia de apelación de las decisiones tomadas en primera instancia se refiere, la competencia está reservada en todo caso para el Tribunal Superior de Distrito Judicial competente, por cuanto *“las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable”<sup>40</sup>.*

<sup>37</sup> LEY 256 DE 1996. Artículo 30. Colombia, Congreso de la República, Ley 256 de 1996, expedida el 15 de Enero de 1996.

<sup>38</sup> CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 20: *“Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: 3. De los de competencia desleal, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las autoridades administrativas.”* Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

<sup>39</sup> Ibídem. Artículo 24: *“Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: 1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre: (...) b) Violación a las normas relativas a la competencia desleal”.*

<sup>40</sup> Ibídem. Parágrafo 3. Artículo 24.

Ya analizada de forma breve la faceta procesal de los actos de competencia desleal, llega el momento de iniciar el anunciado estudio de la garantía del derecho, la cual, como se evidenció, se hará desde dos facetas temporales, a saber: *ex ante* de la imposición de la medida y *ex post* a su imposición.

### **3. LA GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA *EX ANTE* A LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA: UNA MIRADA A LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS CRITERIOS PREVIOS PARA SU PROCEDENCIA**

Como fue anunciado desde los primeros folios de este escrito, el presente acápite tiene como propósito principal exponer cómo la definición, consagración y aplicación de criterios previos para el decreto de medidas cautelares innominadas también representa un manifestación relevante del derecho de defensa del comerciante que actúa como extremo pasivo de la pretensión cautelar, por cuanto ellos brindan o deben brindar un nivel reforzado de seguridad jurídica a su situación particular. Lo anterior, por cuanto la existencia de claridad y seguridad en este asunto es una garantía de doble vía, toda vez que otorga al juez los elementos de juicio suficientes para determinar, *in casu*, la pertinencia y la necesidad de avalar la solicitud de tutela precautelar o denegarla en caso que no se acrediten los requerimientos que estos mismos criterios presuponen. En este mismo sentido, los criterios que serán estudiados brindan al sujeto pasivo de la medida cautelar las bases para adelantar su defensa a partir de los recursos que la ley pone a su disposición, cuando considere que el juez ha hecho una errónea valoración de los mismos.

Para iniciar esta disertación, se revisará en primer lugar, el estado de cosas actual en la materia, lo que permitirá luego evaluar las problemáticas y vicisitudes que allí se presentan.

#### **3.1 Requisitos para la procedencia de la tutela cautelar de acuerdo con las normas de competencia desleal**

Las medidas cautelares en materia de competencia desleal encuentran su fundamento legal en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996. El tenor literal de la norma precitada indica: “*Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes. Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud. (...) Las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil*”.

El texto legal aquí anunciado es indicativo de los requisitos que, de manera concurrente, son necesarios para la procedencia de la tutela cautelar en este ámbito. Así lo ha entendido la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), actuando en ejercicio de función jurisdiccional<sup>41</sup>, la cual en diferentes pronunciamientos, a la hora de estudiar la adecuación de una solicitud precautelar, ha sostenido que *“dos presupuestos básicos para que sea procedente la orden de cesación provisional de un acto que se demanda como de competencia desleal y, en general, para que el decreto de medidas cautelares sea procedente, consiste en que se encuentre comprobada la realización de un acto de competencia desleal y que la petición provenga de una persona legitimada para presentar tal solicitud”*<sup>42</sup>.

En relación con el primero de los presupuestos, a saber, el convencimiento sobre la realización conducta de competencia desleal, la SIC ha expuesto que debe tratarse de una prueba suficiente, *“aunque ella tuviere la calidad de sumaria dada la ausencia de oportunidad para controvertirlas, que permita tener por comprobada la realización de un acto de competencia desleal o su inminencia, así como la existencia de un peligro grave e inminente cuando se trata de la pretensión cautelar que puede ser decidida sin escuchar a la parte afectada”*<sup>43</sup>.

En cuanto a la legitimación, segundo de los requisitos, la SIC se ha pronunciado expresando que: *“si bien la aplicación de la ley de competencia desleal no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre quien realiza el supuesto acto desleal y quien sufre sus consecuencias, lo cierto es que el legitimado para obtener un decreto de es el afectado por la conducta que se debate, ya sea porque participa en el mercado y sus intereses económicos resultan perjudicados, o bien porque ha demostrado su intención de participar en el mismo y sus intereses económicos resultan amenazados por los actos de competencia desleal que demanda”*<sup>44</sup>. Son pues estos los presupuestos que demanda la procedencia de las medidas cautelares en materia de competencia desleal, cuya exigencia es constante y reiterada por la SIC de acuerdo con los pronunciamientos judiciales expuestos<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> De acuerdo con el artículo 24 del Código General del Proceso, que regula el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas.

<sup>42</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 16158 del 19 de julio de 2004.

<sup>43</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Auto No. 3384 del 28 de noviembre de 2012.

<sup>44</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Auto No. 389 del 13 de febrero de 2004.

<sup>45</sup> Valga resaltar que estos mismos requisitos son recogidos por la decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, que regula el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, en su artículo 247. Establece la norma: *“Una medida cautelar sólo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia. La autoridad nacional competente podrá requerir que quien pida la medida otorgue caución o garantía suficientes antes de ordenarla. Quien pida una medida cautelar respecto de productos determinados deberá suministrar las informaciones necesarias y una descripción suficientemente detallada y precisa para que los productos presuntamente*

### 3.2 Los requisitos y criterios previstos en el artículo 590 del Código General del Proceso y su relevancia en el decreto de medidas cautelares en el ámbito de la competencia desleal

Ahora bien, lo hasta aquí mencionado en materia de requisitos, es indicativo únicamente de los elementos que ha de estudiar el juzgador para determinar si hay lugar a tramitar la solicitud, puesto que se trata simplemente de presupuestos formales que de ser cumplidos habilitan al juzgador para entrar a decidir el fondo de la petición cautelar, así como la medida que resulta pertinente decretar. Y es que aun cuando el artículo 31 de Ley 256 de 1996, previamente citado pareciera habilitar al operador jurídico para declarar la tutela precautelar al verificar la prueba suficiente y la legitimación, lo cierto es que la referencia que se hace a los artículos 678 a 690 del Código de Procedimiento Civil, hoy derogados por el Código General del Proceso (CGP), da lugar a que el estudio de la solicitud sea más profundo, pues, como ya se dijo, no basta con acreditar únicamente las exigencias de la norma sobre competencia desleal sino que es necesario acudir a los *criterios* que impone el Estatuto Procesal Civil vigente.

En primer lugar, es necesario resaltar que el proceso de competencia desleal es, por su naturaleza, de aquellos denominados procesos declarativos, en ese sentido es que toma plena vigencia la alusión y aplicación del artículo 590 del CGP, que contiene las reglas aplicables a la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares en los procesos declarativos. Dentro de las reglas contenidas en la disposición normativa mencionada, es importante señalar que se reiteran los requisitos previstos en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, se dispone que “*para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o vulneración del derecho*”. En esa medida no se añade elemento alguno de juicio, en materia de lo que se ha tratado como requisitos formales.

No obstante lo anterior, el artículo 590 numeral 1 inciso 2 del CGP sí incorpora ciertos requisitos y criterios adicionales que deben ser tenidos en cuenta por el fallador al momento de decretar la medida cautelar. Frente a ellos debe tener de presente que unos encuentran mayor aplicación en lo atinente a la procedencia de la medida cautelar como tal, en sentido amplio, y otros que tienen una mayor particularidad en lo que tiene que ver al tipo de medida que debe ser decretada, con especial relevancia en materia de medidas cautelares innominadas, en razón de la amplitud del poder cautelar cuando de éstas se trata.

Establece el artículo en comento que: “*el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si*

---

*infractores puedan ser identificados*”. COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES, *Decisión 486* expedida el 14 de septiembre de 2001.



*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”* (Negrillas fuera del texto original).

La necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida como criterios en el ámbito de las medidas cautelares innominadas tienen su mayor despliegue en lo que respecta a la medida que el fallador está llamado a decretar. No se trata ya, en este punto, de verificar si procede la tutela cautelar en sentido extenso, sino que la medida que se va a tomar, *in concreto*, es la más idónea frente a los derechos de cada una de las partes. Así, si descubre el fallador que la medida que solicita no es necesaria, no es efectiva o no es proporcional lo que procede es que se decrete una medida menos gravosa o diferente a la solicitada.

El principio de necesidad de la medida cautelar hace referencia a que el juez únicamente puede decretar tal herramienta, de naturaleza preventiva, cuando fuese absolutamente imprescindible para asegurar la efectividad de las decisiones proferidas al final del proceso. Por tal razón, por ninguna circunstancia puede decretarse una medida cautelar que no cumpla con esa característica, toda vez que estos instrumentos sólo deben mantenerse si subsisten las razones justificables para ello, dado que tales medidas pueden restringir los derechos de la persona implicada antes de que sea condenada en un juicio. Por consiguiente (...) *“la medida es razonable porque su imposición está precedida de un procedimiento en el cual el juez cita a las partes para que presenten las pruebas acerca de la situación alegada, valora las pruebas que demuestran la necesidad o no de la medida, y la decisión está sujeta al recurso de apelación”*<sup>46</sup>.

También, son oportunas las palabras del profesor Forero Silva cuando señala que *“la necesidad de adoptar la medida, y la efectividad de la que decrete. La cautela que se ordene es indispensable para el cumplimiento de la sentencia debiendo ser útil y efectiva para el caso en concreto. La proporcionalidad de la medida, según lo pedido y cuantificado en la demanda, debe ser razonable, a la luz del monto de la pretensión para que no resulte exagerada”*<sup>47</sup>.

Se trata, como ya se dijo, de criterios cuya utilidad, especialmente en cuanto función cautelar genérica se trata, es la de apreciar si la medida en el caso concreto será la que cumpla en una máxima expresión la función de la tutela cautelar.

Lo anterior debe entenderse, como lo explica el profesor Villamil Portilla, que *“cuando el artículo se refiere a la proporcionalidad, necesidad y utilidad de la medida,*

<sup>46</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-379 del 27 de abril de 2004. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Expediente: D-4974.

<sup>47</sup> FORERO SILVA, Jorge. *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. 1ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 27

*otorga al juez en el caso de la cautela genérica un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre esas medidas. No quiere decir ello que el juez pueda de oficio inventar o decretar la medida que en su parecer sea apropiada, sin que haya petición de parte, pero una vez le ha sido solicitada una medida que pueda afectar en mayor grado los derechos del demandado, podría el juez de oficio sustituirla por otra más razonable”<sup>48</sup>.*

De esta forma, se hace palmaria la relevancia que tienen los requisitos y criterios esbozados en el artículo 590 numeral 1 del CGP en relación con las medidas cautelares que se vayan a tomar en los procesos de competencia desleal, no puede el juzgador cautelar del proceso en comento desconocer o restar relevancia a lo normado en el Estatuto General del Proceso, por lo que su decisión deberá siempre apreciar cada uno de los elementos expuestos en este aparte.

### 3.3 Los criterios para el decreto de la medida utilizados por la SIC en sus decisiones

Aun cuando el Código General del Proceso dispone una serie de criterios genéricos y abstractos en la materia, lo cierto es que ello podría representar una problemática particular, pues su indefinición e indeterminación pueden abrir la posibilidad a una errónea valoración judicial, dada la amplia discrecionalidad que aquí se confiere. Frente a ello, la SIC, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, se ha encargado de concretar estos requisitos planteados por el CGP, robusteciendo así el derecho de defensa del comerciante demandado.

Como se puede evidenciar en la práctica de los procesos de competencia desleal, la SIC utiliza criterios que, aunque con denominación diferente, si se encuentran sustancialmente ligados a los que el CGP consagra. A título ejemplificativo, en auto 33843 de 2012, la SIC hizo el estudio sobre la pretensión cautelar de la siguiente forma. En su momento expresó el órgano administrativo investido de función jurisdiccional que *“el Despacho deberá determinar cuáles de las medidas cautelares solicitadas en el caso concreto resultan necesarias y pertinentes para el efecto, absteniéndose de decretar aquellas que resulten inconducentes, superfluas o incluso excesivas frente al citado propósito (...) la orden que proferirá el Despacho se referirá a aquellas medidas que resulten suficientes para salvaguardar, sobre la base de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los intereses económicos de la accionante, así como su derecho a la libre y leal competencia”<sup>49</sup>.*

Los criterios utilizados por la SIC en la providencia precitada, además de mostrar cómo, en línea de principio, tienen estrecha conexidad con los previamente citados del artículo 590 del CGP, también muestran como en el ámbito de la competencia desleal

<sup>48</sup> VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Citado por: FORERO SILVA, Jorge en: *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. 1ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 25

<sup>49</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Auto No. 3384 de 28 de noviembre de 2012.

estos parámetros tienen un alcance más específico y técnico, como lo demanda la materia por sus rasgos particulares, derivados de su mercantilidad y competencia en el mercado. En esa medida, incorporar factores como los intereses económicos y el derecho a la libre y leal competencia, resultan de pleno recibo, pues aportan al juzgador elementos de discernimiento que le permiten apreciar con mayor plenitud la idoneidad de la medida en concreto, superando lo abstracto que pueden llegar a ser para determinados casos la necesidad, efectividad y proporcionalidad.

#### 4. LA GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA *EX POST* A LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA: ¿UNA DESEQUILIBRADA RELACIÓN PROCESAL?

Como anunciábamos, el estudio aquí propuesto abarcaría otra faceta temporal de la garantía del derecho de defensa del comerciante demandado a quien se imponen medidas cautelares innominadas en los procesos de competencia desleal. Así, el último aparte de este escrito corresponderá a la revisión de esta situación *ex post* a la imposición de esta medida, evaluando el estado de cosas actual en la materia, criticando desde una óptica académica estas premisas y proponiendo alternativas jurídicas que permitirían subsanar las censuras aquí expuestas.

El derecho de defensa *ex post* al decreto de las medidas cautelares que asiste a la parte demandada en el trámite de un proceso declarativo, no ha sido objeto de mayores reparos ni ha generado salvedades notorias en el ámbito académico y doctrinal del derecho procesal nacional. Esto, pues las medidas cautelares, sea cual sea su naturaleza, están diseñadas para proteger a ultranza al demandante en sus derechos en litigio y con ello asegurar la efectividad del derecho o el estado reconocido, dado o constituido con el fallo, proporcionándole oportunidad y seguridad jurídica a los efectos que ha de producir una sentencia judicial<sup>50</sup> y a evitar que el demandado pueda ralentizar y soslayar esa efectividad por la vía de impugnaciones y actos tendientes a desnaturalizarla.

Esta apreciación, acorde *exclusivamente* con los intereses del sujeto demandante, a nuestro juicio podría desconocer los derechos que en la órbita procesal le asisten a la parte demandada, particularmente los relacionados con el debido proceso, el derecho a la defensa y a la contradicción que le son inherentes<sup>51</sup>. Ello, pues si bien el demandante goza de una serie de prerrogativas exclusivas, como evidenciaremos, la defensa del

<sup>50</sup> ROJAS GONZÁLEZ, Germán Eduardo. *Esencia y trámite de la función cautelar*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1996. p. 3.

<sup>51</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-383 del 5 de Abril de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Expediente: D-2557. Frente a este punto particular, la Corte Constitucional ha señalado que existe una **situación de indefensión** en la órbita del debido proceso “cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial, de sus derechos, o la de realizar dentro de dicho proceso, las adecuadas pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulte la actividad probatoria, o cuando se le niega una justa legal facultad de que su negocio sea conocido en segunda instancia” (Negrillas fuera del texto original).

demandado está circunscrita, en materia de medidas cautelares, a figuras insuficientes y cuya estructura no garantiza las prerrogativas que le deben asistir en cualquier tipo de trámite judicial y en especial, en el de competencia desleal.

La idea aquí expuesta resulta ajustada al criterio que ha expuesto la Corte Constitucional de Colombia a lo largo de varias sentencias<sup>52</sup>, donde ha expresado que en materia de medidas cautelares puede ocasionarse una vulneración a los derechos procesales que asisten a la parte demandada. Así, la corte ha afirmado que *“aunque el Legislador goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio”*<sup>53</sup> (Negrillas fuera del texto original).

Los argumentos que en la actualidad soportan el hecho de que en materia de medidas cautelares la protección procesal sea abiertamente inclinada hacia los intereses del demandante, radican en primer lugar, como bien señalan Eduardo García y Jeannette García en su obra sobre medidas cautelares, en la urgencia que determina la demora y la finalidad de seguridad de estos mecanismos, afirmando que *“estas casi siempre son tomadas sin oír a la parte contraria, puesto que el propósito de asegurar exige obrar inmediatamente, bajo la responsabilidad, desde luego, de quien las pide”*<sup>54</sup>.

Además de este argumento, que sirve como soporte para afirmar que en materia de medidas cautelares la protección sea casi exclusiva del demandante y la cual soporta la idea de que los recursos que el demandado impetre contra tales providencias se concedan siempre en el efecto devolutivo, se fundamenta en la idea de que el demandado cuenta con mecanismos como la caución o la *“contracaución”* como contingentes para reparar eventuales daños que con la providencia cautelar este pueda sufrir<sup>55</sup>, lo que implica que con estas figuras se asegura al sujeto pasivo de la medida el resarcimiento de los posibles daños y expresa la igualdad de las partes en el proceso, contrarrestando la falta de contradicción inicial que es el signo característico del proceso cautelar<sup>56</sup>. Como profundizaremos, esta idea no resulta del todo satisfactoria a la luz de los derechos que deben asistir al demandado en su órbita procesal y bien podrían ser replanteadas algunas de las premisas que le otorgan sustento jurídico.

<sup>52</sup> Entre otras, ver: Sentencia C-379 de 2004 y C-039 de 2004.

<sup>53</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-523 del 4 de Agosto de 2009. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Expediente: D-7612.

<sup>54</sup> GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y GARCÍA OLAYA, Jeannette. *Medidas Cautelares. Introducción a su estudio*. 2ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2005. pp. 15-16.

<sup>55</sup> PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. p. 43.

<sup>56</sup> *Ibidem*. p. 42. Como bien señala el distinguido autor Peláez Bardales en su obra, *“la caución servirá para que el demandado obtenga una garantía que lo ponga a salvo de posibles abusos y que se asegure una indemnización por daños y perjuicios en caso de que la medida cautelar resulte injustificada, por innecesaria o maliciosa”*

#### 4.1. Recursos ordinarios para impugnar providencias cautelares en la actualidad

Para iniciar el estudio del derecho de defensa con que cuenta un comerciante demandado a quien se le imponen medidas cautelares en el trámite de un proceso por competencia desleal, es pertinente iniciar con una mirada al estado de cosas actual en que esta situación jurídica se encuentra, haciendo una breve referencia a los recursos que el ordenamiento jurídico le confiere a este sujeto para atacar judicialmente la providencia cautelar.

Si bien por razones de extensión en este escrito no se practicará un estudio a profundidad acerca de los mencionados recursos, si es relevante mencionar, a lo menos, sus elementos estructurales, toda vez que en la actualidad representan las *únicas* medidas protectoras del derecho de defensa del demandado y son las únicas vías de impugnación de las decisiones judiciales que decretan medidas cautelares innominadas<sup>57</sup>, lo que a juicio de los autores resulta cuestionable y lo cual será objeto de revisión en los ulteriores apartes de esta ponencia.

En primer lugar, resulta inequívoco afirmar que las providencias que decretan medidas cautelares, entre las cuales se destacan las innominadas, se profieren bajo la forma de los *autos*<sup>58</sup>. Ello quiere decir que la decisión judicial que las decreta y ordena su práctica se realiza por este medio específico y por ende contra ellos proceden los recursos ordinarios que la ley prevé *in genere*.

##### 4.1.1 Recurso de reposición

El recurso de reposición es, sin duda alguna, el mecanismo utilizado con mayor frecuencia en la práctica por la parte que busca impugnar una providencia judicial en general. Este recurso tiene la virtualidad de avocar a que un funcionario judicial que profiere una decisión, vuelva sobre ella, y si es del caso, la reconsidere en forma total o parcial, mediante una solicitud motivada por la parte interesada en su revisión<sup>59</sup>.

En cuanto a su procedencia, la ley no prevé mayores limitantes<sup>60</sup> destacando únicamente aquellos casos excepcionales donde la misma ley impide la interposición

<sup>57</sup> Sin perjuicio de la acción de tutela, la cual procede en escenarios donde se presenten vías de hecho en el ejercicio de la función jurisdiccional, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Ver, entre otras: C-590/05, T-1110/05, C-713/08, T-945/08, T-1063/12.

<sup>58</sup> Como bien señala el maestro Devis Echandía en su destacada obra, los autos, a diferencia de las sentencias, son actos decisorios del juez en donde se resuelven todas aquellas cuestiones distintas a las decisiones definitivas de instancia, siendo estas cuestiones incidentales o accesorias, relacionadas con el asunto del proceso, o simplemente con el gobierno del mismo. En: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. 2ª edición. Tomo I. Bogotá. Editorial ABC. 1972. p. 371.

<sup>59</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 9ª edición. Tomo I. Bogotá. Dupre Editores. 2005. p. 749.

<sup>60</sup> CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 318: “*Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra*

de recursos contra ciertas providencias, como en los escenarios en que se resuelve un conflicto de competencia<sup>61</sup> o en los que de manera oficiosa el juez ordena la práctica de pruebas<sup>62</sup>, destacando que de tales posibilidades se excluye la sentencia, siendo este recurso predicable únicamente respecto de los autos, sin importar si se limitan a disponer un trámite o contienen pronunciamientos de fondo<sup>63</sup>, abarcando de esta forma las providencias que ordenan el decreto de medidas cautelares innominadas o que fijan el monto de la caución para decretarlas, impedir las o levantarlas.

## 4.1.2 Recurso de Apelación

En la órbita de los recursos ordinarios, el recurso de apelación también es procedente contra el auto que decreta medidas cautelares innominadas y que es proferido por el Juez Civil del Circuito o el funcionario competente en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo función del Tribunal Superior de Distrito Judicial, como ya se advirtió sucintamente, quien es competente para conocer de la impugnación a la aludida providencia.

El recurso de apelación, en términos sencillos, es el desarrollo del principio de la doble instancia, que tiene por objeto que un juzgador de segunda instancia, distinto al que originalmente decidió una determinada cuestión en el trámite de un proceso, modifique o revoque una decisión recurrida y proferida por el funcionario judicial de primera instancia<sup>64</sup>, como sucede con los autos que ordenan el decreto de medidas cautelares innominadas o que fijan el monto de la caución para decretarlas, impedir las o levantarlas<sup>65</sup>.

La estructura de la apelación en el Código General del Proceso cuenta con etapas diseñadas para permitir al apelante sustentar las motivaciones por las cuales considera que la providencia debe ser modificada o revocada total o parcialmente y garantiza el

---

*los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen [...]”* (Negrillas fuera del texto original). Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

<sup>61</sup> *Ibíd.* Artículo 139: “*Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. Estas decisiones no admiten recurso. [...]*”

<sup>62</sup> *Ibíd.* Artículo 169: “[...] *Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas. [...]*” (Negrillas fuera del texto original)

<sup>63</sup> ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El proceso civil colombiano*. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007. p. 280. Cabe destacar que el artículo 278 del Código General del Proceso elimina la distinción entre autos de sustanciación y autos interlocutorios que traía consagrada el Código de Procedimiento Civil.

<sup>64</sup> AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal civil*. 5ª Edición. Tomo II. Bogotá. Editorial Temis. 1997. p. 295.

<sup>65</sup> CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 321: “Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad. También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: [...] 8. El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla.” (Negrillas fuera del texto original). Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

derecho de contradicción del sujeto procesal que se encuentra satisfecho con el contenido sustancial de la providencia, por medio de un traslado para que el mismo pueda oponerse a las motivaciones de la apelación. Hecho esto, el juez competente, que será un funcionario de superior jerarquía funcional, decidirá si mantiene en firme la decisión originaria o si la revoca en los términos solicitados por el recurrente<sup>66</sup>.

En suma, tanto el recurso de reposición como el de apelación son procedentes contra el auto del Juez Civil del Circuito o del funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio que decreta la medida cautelar innominada, y será el Tribunal Superior de Distrito Judicial competente quien revise tal decisión en sede de apelación<sup>67</sup> de acuerdo al parágrafo 3 del artículo 24 del CGP, el cual señala que “*las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable*”.

Cabe destacar que en materia de medidas cautelares, el artículo 298 del Código General del Proceso señala no solo que las estas providencias se cumplirán de inmediata desde la notificación a la parte contraria del auto que las decreta, sino que la interposición de cualquier recurso no impedirá el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada, ya que todos estos se consideran interpuestos en el efecto

---

<sup>66</sup> *Ibidem*. Artículo 326: “Cuando se trate de apelación de un auto, del escrito de sustentación se dará traslado a la parte contraria en la forma y por el término previsto en el inciso segundo del artículo 110. Si fueren varios los recursos sustentados, el traslado será conjunto y común. Vencido el traslado se enviará el expediente o sus copias al superior”. Como bien señala el Código General del Proceso, en el caso de la apelación de autos, el recurso deberá ser sustentado en una primera oportunidad ante el mismo juez que dictó la providencia sea fuera o en el trámite de una audiencia. Luego de que este recurso es sustentado por el apelante, sea de forma verbal o escrita, la ley ordena que deba correrse traslado a la parte contraria, ya sea en audiencia permitiéndole hacer uso de la palabra o por secretaría cuando se trate de providencias dictadas fuera de audiencia, garantizando que la parte no apelante pueda oponerse a la motivación del recurso se enviará el expediente o sus copias al superior, quien solo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

<sup>67</sup> De acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 24 del Código General del Proceso, “*Las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces*”, lo que lleva a concluir de plano que las normas aplicables son las contenidas en la ley procesal civil para tales efectos. De igual forma señala que “*las providencias que profieran las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa*” y que “*las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable.*”, o en casos de única instancia “*cuando la competencia la hubiese podido ejercer el juez en única instancia, los asuntos atribuidos a las autoridades administrativas se tramitarán en única instancia.*” (Negrillas fuera del texto original)

devolutivo<sup>68</sup>, lo que significa que la interposición y trámite de cualquiera de ellos no suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada ni el curso del proceso<sup>69</sup>.

## 4.2 Críticas a los mecanismos de defensa procesal con que cuenta el demandado frente a la imposición de medidas cautelares innominadas en los procesos por competencia desleal

El propósito de este aparte, luego de haber efectuado una breve revisión al estado de cosas actual en la materia, es el de formular una serie de críticas a la estructura de defensa procesal con que cuenta el comerciante demandado a quien se imponen medidas cautelares innominadas en los trámites por competencia desleal, a quien paradójicamente solo se le otorgan, para controvertir tales providencias, los mecanismos tradicionales de impugnación concedidos en el efecto devolutivo bajo el CGP y además se le garantiza el pago de una eventual prestación a título de caución constituida por el demandante en caso de que la sentencia le resulte desfavorable, con el objeto de reparar los posibles perjuicios irrogados.

Estas críticas tienen como propósito introducir al debate académico las deficiencias que en materia de defensa procesal aquí son evidenciadas, para que pueda existir discusión y reflexión sobre la posible situación de desprotección jurídica en que la parte demandada se podría ver envuelta, por cuanto carece de herramientas legales idóneas para proteger los derechos que constitucionalmente le deben asistir en el proceso. Para ello expondremos una serie de argumentos desde diversos escenarios jurídicos propios de las providencias cautelares, los cuales serán expuestos a continuación.

El soporte jurídico de las censuras aquí presentadas encuentra como punto de partida la introducción al ordenamiento jurídico nacional del Código General del Proceso, norma que es, sin duda alguna, una revolución en la manera en cómo se presta el servicio de justicia en Colombia, pues con este estatuto se materializan los nuevos lineamientos que se implantaron por la Constitución Política hace más de 20 años y se erige como pilar fundamental del proceso civil, la garantía y la materialización de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, de una tutela jurisdiccional efectiva y de un debido proceso de duración razonable<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 298: “Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decrete. Si fueren previas al proceso se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia. Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregaran a la parte interesada. La interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada. Todos los recursos se consideran interpuestos en el efecto devolutivo.” (Negrillas fuera del texto original). Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

<sup>69</sup> *Ibidem*. Artículo 323: “Podrá concederse la apelación [...]: 2. En el efecto devolutivo. En este caso no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso.”

<sup>70</sup> ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen I. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 2.



Sin embargo, aun cuando este Código buscó transformar y “*constitucionalizar*” el proceso civil, introduciendo modificaciones significativas, en lo pertinente, a las más destacadas figuras procedimentales en lo civil, en lo que al derecho de defensa del demandado a quien se imponen medidas cautelares se refiere, el CGP se mantuvo incólume, reproduciendo las normas preexistentes que regulaban la defensa procesal del sujeto demandado en este tipo de trámites. Esto se puede evidenciar en el sistema de impugnación de providencias del nuevo código y en el régimen de cauciones en lo cautelar, pues si bien estas instituciones sufrieron algunos cambios estructurales, su armazón medular resultó ser igual o inferior, en cuanto a garantías procesales, al contemplado por el Código de Procedimiento Civil<sup>71</sup>.

#### 4.2.1 Las medidas cautelares innominadas en el CGP: ¿Protegiendo la efectividad de los derechos del demandante o amparando las prerrogativas constitucionales del demandado?

La primera crítica que será efectuada, identifica la pugna jurídica entre efectividad vs. garantías, por cuanto, como se evidenciará en el presente escrito, bien parece que se han soslayado las segundas por asegurar la primeras a la luz del Código General del Proceso.

Como se ha advertido en las anteriores líneas, el CGP, aun cuando tuvo como propósito esencial el diseñar un estatuto procesal civil ajustado a los lineamientos constitucionales propios de un Estado social de derecho y a los criterios alusivos al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, también se construyó con el propósito fundamental de lograr la *efectividad* en los procesos judiciales. Como bien destaca el maestro Jairo Parra Quijano, una de las aspiraciones primarias de la creación del CGP fue la de lograr la real consecución de la efectividad de las actuaciones procesales<sup>72</sup>, erigiendo un verdadero estatuto, que como bien señala Marco Antonio

<sup>71</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 327: “*Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta. Si fueren previas al proceso, se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia. Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregaran a la parte interesada cuando se le haya notificado el auto que admitió la demanda o libró mandamiento ejecutivo.*”. Colombia, Congreso de la República, Decretos 1400 y 2019 de 1970, expedidos el 6 de Agosto y el 20 de Octubre de 1970. De esta norma se puede constatar que bajo el Código de Procedimiento Civil, las medidas cautelares se cumplen no solo de forma inmediata, sino antes de su notificación al demandado, estructura que como ya advertimos es reproducida por el Código General del Proceso de manera textual. Sin embargo, aun cuando en el Código de Procedimiento Civil no existe una referencia expresa similar a la del Código General del Proceso donde se afirme que la interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada y que todos los recursos se consideran interpuestos en el efecto devolutivo, esto se puede colegir de otras disposiciones del CPC, pues el artículo 354 del aludido estatuto señala que por regla general, la apelación de los autos se concederá en el efecto devolutivo a menos que exista norma en contrario, salvedad inexistente en materia de medidas cautelares bajo el pasado régimen procesal. De igual forma, el hecho de que el pasado estatuto procesal no contara con medidas cautelares innominadas, hacía innecesaria una consagración expresa como la que se hace en el artículo 298 del nuevo régimen procesal, sin que ello signifique que a la luz del Código de Procedimiento Civil el trámite de los recursos frente a las providencias cautelares fuese disímil a lo que actualmente dispone el nuevo código.

<sup>72</sup> De acuerdo con el maestro Jairo Parra Quijano, uno de los principios que orientan el nuevo Código General del Proceso es el de la *efectividad*, destacándola como aquella garantía en virtud de la cual lo solicitado y eventualmente concedido va a verse materializado y no se quedará en el campo de las meras expectativas. En:

Álvarez en su obra, brindara abrigo a los titulares de derechos reales agraviados; a los contratantes insatisfechos; a los acreedores burlados y a los poseedores en tránsito de usucapir, quienes hallarían en el tal código, un mecanismo que les permita rescatar su derecho<sup>73</sup>.

Sin embargo, este argumento de efectividad predicado en la órbita del CGP no es del todo satisfactorio, pues como se puede evidenciar en el caso de las medidas cautelares, la parte demandada no ha recibido del nuevo estatuto procesal un mayor resguardo al que tenía bajo el procedimiento civil anterior, situación que resulta llamativa para su análisis. Así, la balanza procesal contemplada en el CGP se inclinó de nuevo hacia quienes ejercitan el derecho de acción, reforzando sus prerrogativas y configurando situaciones favorables para que pudiesen materializar sus derechos, pero como consecuencia de ello, desatendió las prerrogativas de la parte demandada, cuya situación jurídica se mantuvo incólume y sin modificaciones que le resultaran benéficas en términos eminentemente procedimentales.

Siguiendo con esta crítica, es pertinente señalar que el proceso de competencia desleal, como bien advertíamos en la parte II de este escrito, involucra necesariamente la participación de dos comerciantes, de dos empresarios transformados en partes que actúan en un proceso judicial. Identificando esta situación, las normas especiales de competencia, en aras de buscar la efectividad de los derechos de la parte demandante, le confirió desde el año 1996<sup>74</sup> –lo cual sería reforzado en el 2012 con la llegada del CGP<sup>75</sup>– una serie de prerrogativas que le permitirían hacer realmente efectivas sus pretensiones, inclinando la balanza hacia el lado de la efectividad y dejando de lado el de las garantías procesales atinentes al derecho de defensa de la parte demandada.

---

PARRA QUIJANO, Jairo. *Reflexiones sobre algunos aspectos importantes del Código General del Proceso*. En: XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012. p. 23.

<sup>73</sup> ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen I. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 2.

<sup>74</sup> LEY 256 DE 1996. Artículo 31: “**Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.**

*Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud.*

*Si las medidas se solicitan antes de ser interpuesta la demanda, también será competente para adoptarlas el Juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos.*

*No obstante, una vez presentada la demanda principal, el Juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.*

*Las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil”.* Colombia, Congreso de la República, Ley 256 de 1996, expedida el 15 de Enero de 1996. (Negrilla fuera del texto original).

<sup>75</sup> CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. Artículo 590: “[...] *En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:* 1. *Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:* c) *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”.* Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, expedida el 12 de Julio de 2012.

Así, no solo se le brindó al demandante la posibilidad de diseñar y solicitar *cualquier* tipo de medida cautelar que pudiese proteger sus derechos, asegurando *ab initio* sus prerrogativas como accionante, sino que también le benefició con el hecho de que cualquier recurso que se tramitara contra tal providencia cautelar sería estudiado bajo el efecto devolutivo, impidiendo así la posibilidad de evitar, *ex ante*, los daños que por naturaleza este tipo de medidas causan en la órbita patrimonial del comerciante demandado –sin perjuicio de la caución, que como advertiremos, no es el medio idóneo para reparar los daños que por estos hechos sufre el comerciante demandado, pues como bien señala Mario E. Kaminker, “*la necesidad de la efectividad de las medidas (cautelares) impide la bilateralidad y admisión de recursos antes de la traba. Ello se dice compensado con la contracautela, lo que entiendo constituye ficción*”<sup>76</sup>.

Entonces, si se le están reconociendo en las normas procesales tan amplias prerrogativas al demandante y si en aras de buscar la efectividad se le confieren estos prácticos mecanismos procesales<sup>77</sup>, ¿por qué al comerciante demandado poco o nada se le ha reconocido en términos de su defensa frente a la imposición de medidas cautelares innominadas?<sup>78</sup>.

Frente a este tipo de situaciones, la Corte Constitucional de Colombia ha tratado el concepto de *igualdad procesal*, en virtud del cual toda persona cuenta con iguales oportunidades para ejercer sus derechos, debiendo recibir un tratamiento exactamente igual, sin demás consideraciones. Así, ha señalado que en materia procesal, una determinada regulación legal resultará lesiva del principio constitucional de igualdad cuando las personas que se relacionan de una u otra forma con tal proceso son tratadas por la ley en forma diferente, a pesar de que deberían recibir un trato igual por mandato de la Constitución<sup>79</sup>.

Este asunto, propio del núcleo esencial del derecho de contradicción, ha sido tratado a profundidad por Juan Monroy Gálvez en su Introducción al Proceso Civil, señalando que al interior del proceso se exige un *equilibrio* entre las personas acusadoras y acusadas y se deben brindar los medios adecuados para una defensa en un plano de igualdad de oportunidades y derechos con el demandante, permitiéndole al

<sup>76</sup> KAMINKER, Mario. *El derecho a recurrir y restricciones a este derecho*. En: *Debido Proceso: Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba*. 1ª edición. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 2003. p. 220

<sup>77</sup> Frente al concepto de efectividad en la órbita del proceso, el maestro Francesco Carnelutti destacó que la posibilidad de su **ejecución y su aseguramiento** es el fin inmediato del proceso, dado por la garantía del desarrollo y del resultado del mismo. En: CARNELUTTI, Francesco. Citado por: PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. p. 23

<sup>78</sup> Aun cuando el demandado puede impetrar los recursos ordinarios en efecto devolutivo, cabe destacar que bajo los supuestos prácticos que en la actualidad son predicables de la administración de justicia nacional, los estos medios de impugnación no revisten un carácter efectivo que permita impedir la causación injustificada de daños a la parte demandada, puesto que su trámite de semanas e incluso meses son tiempo suficiente para soslayar los bienes y valores más relevantes con que cuenta un comerciante que es acusado de ejecutar actos de competencia desleal.

<sup>79</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-292 del 23 de Abril de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Expediente: D-3727.

demandado presentar alegatos y medios probatorios eficientes, efectivos y suficientes para sustentar sus posiciones, siendo este el núcleo operativo y dinámico de este derecho<sup>80</sup>. Ello quiere decir que así como la ley protege a ultranza al demandante y le brinda amplias prerrogativas en lo que a medidas cautelares se refiere, la misma debería plantear una situación objetiva de equilibrio, sin desnaturalizar la función propia de las cautelares, donde la parte demandada pueda contar con las herramientas idóneas para ejercer una defensa procesal eficiente y equilibrada, más cuando se enfrenta a unas “armas” procesales de gran alcance, con las que su contraparte ha sido legalmente dotada y las cuales están destinadas a garantizar su bienestar.

#### 4.2.2 La necesidad de un equilibrio procesal entre demandante y demandado

El anunciado equilibrio procesal es requerido, entre otros motivos, debido a que la imposición de medidas cautelares innominadas, al revestir el carácter de atipicidad propio de su estructura, puede lesionar en mayores proporciones los derechos del demandado, pues al permitir que el juez disponga la medida que resulte útil al asunto al cual accede, pudiendo ir más allá de la norma y de acuerdo a su libre discernimiento, acorde con los lineamientos establecidos en la ley<sup>81</sup>, estaría dejando en una situación de vulnerabilidad al demandado, por cuanto este no conoce, siquiera en la menor medida, sobre qué pieza de su órbita patrimonial recaerá la cautela. Esta circunstancia de incertidumbre y desconocimiento previo sobre el contenido y alcance de la medida para el demandado, unida con la posibilidad de que recaiga sobre bienes tan sensibles para su actividad económica como su publicidad, sus productos, su establecimiento de comercio o su propiedad industrial, hacen que se requieran medios de defensa reforzados que operen como contrapesos a tan reforzadas prerrogativas y que en efecto, vayan más allá de los recursos tradicionales en el efecto devolutivo y de una escueta caución de carácter indemnizatorio, que como veremos a continuación, no cuenta con la capacidad intrínseca de reparar efectivamente los daños causados al comerciante demandado.

Otro motivo que demanda un mayor equilibrio procesal, es propio de los procesos de competencia desleal y responde a las motivaciones subjetivas que llevan a un comerciante a impugnar determinados actos de otro empresario, bajo el argumento de que se tratan de actuaciones desleales. Ello, pues existe un lindero ciertamente sombrío y borroso entre un acto ingenioso, perspicaz y hábil y un acto que pueda ser calificado por un competidor demandante como desleal, pues un episodio publicitario colmado de ingenio o una maniobra marcaría astuta y habilidosa podría afectar de tal forma la actividad empresarial de un comerciante, que este último encontraría en las medidas cautelares innominadas en los procesos de competencia desleal la salida ideal para

<sup>80</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. 1ª edición. Tomo I. Bogotá. Editorial Temis. 1996. p. 283 y ss.

<sup>81</sup> FORERO SILVA, Jorge. *Medidas cautelares en el Código general del Proceso*. 1ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013. pp. 26-27.

evitar la ocurrencia de tan industriosas prácticas, aun cuando allí no se configure hecho desleal alguno.

Los argumentos previamente esbozados encuentran sustento en la posición planteada por el doctrinante Mariano Peláez Bardales en su obra sobre el proceso cautelar, quien señala que *“conforme se comprueba cotidianamente a través de la práctica profesional, no pocos litigantes que actúan con malicia y mala fe, utilizan exclusivamente las medidas cautelares, como mecanismos y armas de presión, pues su sola obtención, afectando en mayor medida la esfera patrimonial del demandado, les otorga una situación de ventaja frente a su contraparte. Hecho que les permite tener, como se reitera, una evidente posición de ventaja ante una eventual solución negociada que propiciarán una vez ejecutada o trabada la medida”*<sup>82</sup>, situación que resulta preocupante, pues si los jueces competentes comienzan a ser objeto de estas nefastas prácticas y proceden a decretar medidas cautelares innominadas de forma indiscriminada, desincentivarán la competencia y el crecimiento económico que la misma trae consigo, lo que justificaría entonces la creación y asunción de medidas encaminadas para asegurar que el comerciante demandado pueda defenderse de forma efectiva, e incluso, previa a la imposición de este tipo de medidas, en casos excepcionales.

#### 4.2.3 La caución: Un mecanismo insuficiente para reparar el daño producido al demandado en materia de competencia desleal

El propósito del presente aparte es el de demostrar, de forma breve, la deficiencia de la caución como medio de reparación integral de perjuicios al demandado en la órbita de las medidas cautelares a la luz del Código General del Proceso.

La caución o *contracautela*, como es análogamente denominada, es aquella garantía que *“pone al ejecutado a salvo de posibles abusos y asegura una indemnización por daños y perjuicios en caso de que la medida cautelar resulte injustificada, por innecesaria o maliciosa”*<sup>83</sup>. En palabras de Héctor Quiroga Cubillos, es aquella prestación que el demandante debe ofrecer al juez su disposición para asegurar los posibles perjuicios que se puedan causar al demandado si el derecho no fuere reconocido en el fallo principal<sup>84</sup>.

La primera crítica encuentra fundamento en uno de los aspectos en que hubo modificaciones relevantes en lo que respecta al tránsito legislativo del Código de Procedimiento Civil al Código General del Proceso en materia de cautelas, y es precisamente en la fijación que hace el juez del monto de la caución. El numeral 2 del

<sup>82</sup> PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2007. p. 19.

<sup>83</sup> *Ibíd.* p. 42

<sup>84</sup> QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y Medidas cautelares*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1985. p. 51.

artículo 590 del CGP determina que *“para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida”* (Negrillas fuera del texto original).

Esta norma, que parece inverosímil y si se quiere, inusitada, plantea una abierta contravía al espíritu que en materia de cautelas asumió este nuevo estatuto procesal, pues pasó de conferir amplias libertades al juez y al demandante, a restringir de forma estática y casi inmóvil lo referente a la fijación del monto de la caución, como ulterior valor reparatorio en favor del demandado. Es decir, parece que no le fue suficiente al nuevo estatuto con ratificar el favoritismo a ultranza hacia el demandante y reforzar sus atribuciones procesales en lo que a cautelas se refiere, sino que transformó a la caución en una figura casi estacionaria y si se quiere, infructífera, pues concibió que los perjuicios que sufriría el demandado en caso de que la medida resulte injustificada, como quien transforma la ciencia jurídica en ciencia exacta, en el equivalente al 20% de las pretensiones estimadas o juramentadas en la demanda, lo cual resulta incoherente y desatinado con la realidad, aun cuando esto pueda ser eventualmente variado por el juez.

Esta situación, que resulta a todas luces inconcebible, es reseñada de forma acertada por el maestro Edgardo Villamil Portilla, quien señala que *“no hay una relación de necesidad entre pretensión y el perjuicio que se pueda causar, pues fijar el monto de la caución en el 20% del valor de la pretensión, equivale a suponer que los perjuicios que se causarían son el 20% de la pretensión lo que carece de sensatez, pues una pretensión de escasa magnitud económica puede causar estragos en el patrimonio o la persona del demandado, mientras que una pretensión enorme puede ser inocua, pues lo que puede causar daño es la medida en sí misma y no la pretensión”*<sup>85</sup> (Negrillas fuera del texto original).

La siguiente crítica a formular, a propósito de la caución, radica en la naturaleza de los procesos objeto de estudio en esta ponencia, a saber, los de competencia desleal. Ello, dado a que los bienes que son afectados por una medida cautelar innominada corresponden a los más relevantes valores del comerciante, como su clientela, su *good will* y su reputación cualificada en el mercado, y cuyos daños no serían fácilmente reparables con una suma de dinero o una prestación afín, ya que su valor intangible y su representatividad en las actividades empresariales de un comerciante en muchos casos no son avaluables en dinero. En suma, y como bien reseña la doctrinante Marcela Castro de Cifuentes, todos los esfuerzos de un empresario se encaminan a conquistar, conservar y aumentar su clientela, por lo que esta no solo constituye una

<sup>85</sup> VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso*. En: XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012. p. 183.

variable fundamental del establecimiento mercantil, sino que es el indicador del éxito de una empresa y el reflejo de la fama comercial del titular del establecimiento, de la calidad de sus productos o servicios y de muchos factores que contribuyen a la buena imagen de un negocio<sup>86</sup>, situaciones difícilmente reparables con la caución, más aún en la forma en que el CGP la concibe.

Finalmente, consideramos que la situación contemplada por la letra c) del artículo 590 del Código General del Proceso en la que se señala que “*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*” tampoco hay un medio de defensa y de prevención que resulte idóneo para los intereses del demandado, pues no resulta pertinente que en todos los casos el empresario demandado deba soslayar su patrimonio para constituir una “*contracaución*” que le permita liberarse de la medida cautelar innominada, no solo por lo gravosa y cuantiosa que esta podría llegar a ser, sino porque este tipo de daños patrimoniales podrían ser evitados si se planteara una posibilidad excepcional de defensa para este sujeto, *ex ante* a la imposición de la medida o la fijación del monto de la contracaución, evitando así la causación de daños irreparables de forma anticipada.

#### 4.2.4 El comerciante como sujeto de especial protección: Hacia una defensa procesal reforzada

El último aparte de las críticas efectuadas al sistema de defensa del comerciante demandado, más que un escenario para formular censuras y objeciones, tiene como propósito destacar la relevancia del empresario y del comerciante demandado en el derecho procesal, como un sujeto que merece una protección particular, no solo en lo que en materia de cautelas se refiere, sino frente al proceso *in genere*, dado el impacto que el mismo tiene en el orden económico y social del Estado.

En primera medida, es menester recordar, aunque parezca redundante, que el sujeto demandado es un comerciante, un empresario dentro de la estructura económica del estado. Ello significa que esta clase de sujetos son a todas luces el motor de desarrollo de la economía desde el punto de vista de la productividad y el crecimiento económico, siendo instrumentos de desarrollo social, en la medida en que generan empleo, riqueza y tributos<sup>87</sup> y cuyo impacto en la economía y el bienestar del estado los hace merecedores de un especial tratamiento por parte del mismo<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho Comercial*. 21ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p. 50.

<sup>87</sup> VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. *Instituciones de derecho comercial*. 5ª edición. Medellín. Señal Editora. 2008. p. 172.

<sup>88</sup> En cuanto a la denominada *discriminación positiva* a que ha hecho referencia la Corte Constitucional de Colombia efectuando una interpretación del artículo 13 de la Carta Política, se ha comprendido que el favorecimiento a ciertos grupos por medio de medidas o decisiones públicas no se circunscribe exclusivamente a personas o grupos humanos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados, por lo que los empresarios

Por este motivo, y luego de examinar las críticas previamente esbozadas, resulta pertinente reflexionar acerca de las posibilidades reales que el ordenamiento procesal colombiano podría encontrar para garantizar los derechos que hemos identificado como vulnerados. Consideramos, sin ánimo de formular afirmaciones absolutas, que podría introducirse al debate académico la idea de un nuevo mecanismo procesal en favor del demandado, que revista la forma de recurso excepcional y que permita equilibrar las cargas procesales en materia de cautelas, lo cual no se justifica únicamente desde la óptica de los eventuales perjuicios que pueden significar este tipo de medidas para el comerciante demandado, sino que también desde la perspectiva de los eventuales perjuicios que este tipo de medidas pueden representar para la economía y la competencia en su generalidad.

Así, consideramos, que esta nueva figura procesal que se propone, debe consistir en un recurso, el cual debe ser de carácter *excepcional* y debe permitir un control *rápido, especializado y preferencial* de las medidas cautelares que han sido dictadas por el juez de instancia. Este nuevo recurso en esta materia, se tramitaría de una manera similar al recurso de reconsideración ya existente hoy en día en el ordenamiento jurídico colombiano.

Esta *nueva* figura procesal, con el fin de evitar la congestión judicial y en especial, la desnaturalización del propósito de las medidas cautelares innominadas, permitiría al demandado, con la observancia de unas causales taxativas y restringidas por la ley, un trámite ante un funcionario de igual jerarquía, sea este juez ordinario o un operador judicial de Superintendencia de Industria y Comercio, para que en una diligencia breve se le permita al demandado esgrimir sus argumentos puntuales, siempre que allí se evidencie un error judicial en la apreciación y valoración de los requisitos y criterios que fueron expuestos en este escrito, para que así se le permita al demandado defenderse *ex ante* y no tener que esperar hasta el final del proceso para que un caso abiertamente injustificado pueda ser fallado en lo que a cautelas se refiere, de forma anticipada, evitando la generación innecesaria de perjuicios a este sujeto.

## CONCLUSIÓN

De la presente disertación académica, entre otros puntos sustanciales, se pudo identificar el estado actual del derecho de defensa del comerciante demandado a quien se imponen medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal, desde dos órbitas temporales distintas.

---

y comerciantes pueden ser objeto de medidas especiales con mayores prerrogativas, en este caso, en lo procesal. Frente a ello tal corporación ha afirmado vehementemente que “*el Congreso puede también crear, por iniciativa propia o del Gobierno, nuevas acciones o políticas afirmativas en favor de sujetos o poblaciones que por sus circunstancias particulares, considere merecedores de especial protección*” reforzando el argumento de estos sujetos, por su relevancia económica y social, merece un especial amparo del estado. En: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-765 del 3 de Octubre de 2012. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Expediente: PE-035. (Negritillas fuera del texto original).



Así, se evidenció que en lo que *antes* de su imposición respecta, los criterios valorativos con que cuenta el juez también configuran una defensa efectiva a este derecho y que su nivel de abstracción e indeterminación a la luz del Código General del Proceso, si bien puede tratarse de una concepción lesiva de las prerrogativas del demandado, ha sido subsanada por autoridades como la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de funciones judiciales en materia de competencia desleal, pues por la vía de pronunciamientos judiciales ha procurado por hacerlos más concretos, específicos y claros, reforzando así, indirectamente, la defensa del comerciante demandado.

De igual forma se pudo vislumbrar cómo en lo que en materia de defensa procesal propiamente dicha se refiere, el demandado se encuentra en una clara situación de desequilibrio, pues la procedencia de estas medidas, la estructura de los recursos que contra ellas proceden y el diseño de una supuesta caución, no son suficiente garantía para sus derechos, por lo que resultaría acertado introducir al debate académico jurídico-procesal la idea de nuevos medios que refuercen su defensa y que permitan asegurar y materializar las premisas constitucionales que en situación de igualdad le deben asistir al interior del proceso.

## REFERENCIAS

ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Primera Edición. Volumen I. Bogotá. Editorial Temis. 2013.

AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de derecho procesal civil*. 5ª Edición. Tomo II. Bogotá. Editorial Temis. 1997.

BARROZO OSORIO, Tulia. “De las medidas cautelares en general” En: *Revista Saber, Ciencia y Libertad*. Volumen 4. N° 1. Cartagena de Indias. Universidad Libre – Sede Cartagena. 2010.

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho Comercial*. 21ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-383 del 5 de Abril de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Expediente: D-2557.

-----Sentencia C-292 del 23 de Abril de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Expediente: D-3727.

-----Sentencia C-379 del 27 de abril de 2004. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Expediente: D-4974

-----Sentencia C-523 del 4 de Agosto de 2009. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Expediente: D-7612.

Sentencia C-197 del 14 de Marzo de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt -  
-----Chaljub. Expediente D-8533.

-----Sentencia C-835 del 20 de Noviembre de 2013. Magistrado Ponente: Nilson  
Pinilla Pinilla, Expediente: D-9626.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. 2ª edición. Tomo  
I. Bogotá. Editorial ABC. 1972.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo. “*Las medidas cautelares en el nuevo Código  
Procesal Civil Hondureño*” En: *Módulo Instruccional – Medidas cautelares en el  
Proceso Civil Hondureño*. Escuela Judicial de Honduras. Tegucigalpa – Santa Rosa de  
Copán. 2010.

FORERO SILVA, Jorge. *Medidas cautelares en el Código general del Proceso*. 1ª  
edición. Bogotá. Editorial Temis. 2013.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo, GARCÍA OLAYA, Jeannette. *Medidas  
Cautelares. Introducción a su estudio*. 2ª edición. Bogotá. Editorial Temis. 2005.

GILSANZ USUNAGA, Javier. *El proceso judicial estadounidense: La tutela judicial  
cautelar*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2010.

KAMINKER, Mario. *El derecho a recurrir y restricciones a este derecho*. En: *Debido  
Proceso: Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba*. 1ª edición. Buenos  
Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 2003.

KLETT FERNÁNDEZ, Selva. *Las medidas cautelares innominadas en el Código  
General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*. En: XXXIV Congreso  
Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá. 2013.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 9ª edición.  
Tomo I. Bogotá. Dupre Editores. 2005.

MAQUES, Natalia y SAC, Matías. *Las Medidas Cautelares contra la Administración  
Pública: Una mirada desde el Fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el  
Derecho Procesal Administrativo*. 1ª edición. Buenos Aires.

PARRA QUIJANO, Jairo: *Medidas Cautelares Innominadas: XXXIV Congreso  
Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá. 2013 y Reflexiones sobre algunos aspectos  
importantes del Código General del Proceso*. En: XXIII Congreso Colombiano de  
Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012.

PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar*. 2ª edición. Lima. Editorial  
Grijley. 2007.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y Medidas cautelares*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1985.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El proceso civil colombiano*. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007

ROJAS GONZÁLEZ, Germán Eduardo. *Esencia y trámite de la función cautelar*. 1ª edición. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 1996.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Auto No. 389 del 13 de febrero de 2004.

-----Auto No. 587 del 12 de Marzo de 2010.

-----Auto No. 3384 de 28 de noviembre de 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sentencia del 2 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Oscar Fernando Yaya Peña. Expediente: 2011-360-01.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso*. En: XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 1ª Edición. Bogotá. Universidad Libre. 2012.

DE LA TUTELA CAUTELAR INNOMINADA Y LA POTESTAD  
DISCRECIONAL DEL JUEZ\*

Semillero de Derecho Procesal de la Pontificia  
Universidad Católica de Valparaíso, Chile\*\*

*Natalia Cabrera Karstulovic<sup>I</sup>, Constanza Nicole Held Barría<sup>II</sup>,  
María Victoria Barrera Gacitúa<sup>III</sup>, Aracelli Daniela Caballería Morales<sup>IV</sup>,  
Fernanda Carolina Maldonado Meneses<sup>V</sup>, Carolina Andrea Miranda Oyarzún<sup>VI</sup>,  
Ignacio Agustín Muñoz Sanhueza<sup>VII</sup>, Miguel Ángel Reyes Henríquez<sup>VIII</sup>,  
Carolina Nicole Romero Araya<sup>IX</sup>, María Jesús Serey Sardá<sup>X</sup>*

*Director: Álvaro Javier Pérez Ragone<sup>XI</sup>*

\* Artículo inédito. Recibido 26 de febrero de 2015 – Aprobado el 7 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 y mejor escritas del Concurso.

\*\* Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>I</sup> Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>II</sup> Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>III</sup> Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>IV</sup> Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>V</sup> Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>VI</sup> Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>VII</sup> Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>VIII</sup> Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>IX</sup> Estudiante de V año de Derecho y coordinadora del Semillero de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>X</sup> Estudiante de V año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

<sup>XI</sup> Director del grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal, docente y director del Departamento de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

## RESUMEN

En el estudio de las medidas cautelares se pueden distinguir varios tipos de éstas, siendo una de ellas las medidas innominadas y anticipatorias. Éstas han sido criticadas por ser una facultad que se le otorga al juez de manera discrecional, y es por eso que el enfoque de este trabajo será ver los derechos con los cuales se relacionan, los límites que debe tener esta potestad discrecional del juez, su conveniencia en la incorporación a los ordenamientos jurídicos y su evolución a través del tiempo, hasta llegar a la concepción que de ellas tiene la doctrina moderna.

**Palabras claves:** medidas cautelares, medidas anticipatorias, discrecionalidad, proceso, seguridad jurídica.

## ABSTRACT

In the study of the precautionary injunctions we can distinguish several types of these, one of them being the nameless and anticipatory injunctions. These have been criticized for being a power that is given to the judge of discretion, and that is why the focus of this work will see the rights to which they relate, the limits should have that discretion of the judge, his convenience in addition to the laws and their evolution over time, reaching conception of them has the modern doctrine.

**Key words:** precautionary injunctions, anticipatory injunctions, discretion, process, legal certainty

## 1. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS: ASPECTOS GENERALES

### 1.1 Historia y evolución<sup>1</sup>

La construcción dogmática de las medidas cautelares, tiene a la base la idea de paliar el tiempo que demoran los tribunales en resolver los conflictos. Este tiempo puede ser a la vez uno de los grandes obstáculos a los que se enfrenta el sujeto activo, ya que el

---

<sup>1</sup> En este apartado nos guiamos por lo expuesto en el artículo de Marín Gonzales, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, año 2006, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 14- 16. Disponible en [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iKJbSWTHAH4J:www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej8/DOCTRINA/Medidas%2520cautelares%2520gr1%2520jcm%2520\(6\).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iKJbSWTHAH4J:www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej8/DOCTRINA/Medidas%2520cautelares%2520gr1%2520jcm%2520(6).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl). Fecha consulta, 16 junio 2014.

sujeto pasivo puede esperar tranquilamente el desarrollo del proceso, pues sabe que la cosa sobre la que recae el litigio, permanecerá en su poder.

Carnelutti a este respecto observaba que “cuando dos contienden acerca del disfrute de una cosa, se halla en posición indiscutiblemente superior el que la posee. Las razones de esta superioridad son prácticas e intuitivas: basta, para mencionar una de ellas, imaginar la hipótesis de dos aspirantes a una herencia importante, poseída por uno y reclamada por el otro: el poseedor tiene, por lo menos, sobre su adversario, y con mayor motivo si éste no cuenta con otros bienes de fortuna, la ventaja de sacar de la propia cosa controvertida los medios para sostener el proceso”.

Así, los ordenamientos jurídicos contemplan medidas que, agrupadas bajo diferentes nombres buscan asegurar el cumplimiento de la sentencia dictada que acoge la pretensión del demandante.

Los códigos de tradición decimonónica buscan resguardar los derechos del demandante, evitando futuros fraudes a la acción de justicia, pero no innovan en cuanto a la tenencia de los bienes mientras se tramita el proceso. Esto porque el ideal que regía en aquella época descansaba sobre el *ius natural*, pues se entendía que, si la cosa sobre la que recae el litigio permanece en manos del sujeto pasivo, esta no sufriría detrimento alguno ni sería transferida, cuestión que se sustenta en la confianza y buena fe del deudor.

Ahora bien, durante el siglo XX y principalmente a partir de su segunda mitad la tranquilidad de que gozaba el demandado ha sido puesta en entredicho. La sociedad actual cuestiona los cimientos de la tradición decimonónica. Así se ha avanzado de una concepción conservativa o precautoria de la tutela cautelar, hacia un plano anticipativo de la resolución del litigio.

## 1.2. Concepto y fundamento

Es de conocimiento general que en materia procesal civil el tiempo que puede transcurrir entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva es bastante prolongado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, llegando incluso a más de 10 años, demora que traerá consigo diversas consecuencias, las cuales analizaremos en detalle más adelante.

Tanto un periodo prolongado de tiempo, como uno tan acotado son perjudiciales para las partes, donde en ambos casos corren peligro sus derechos y pretensiones, pudiendo incluso llegar a afectar el derecho a un debido proceso afectando la posibilidad de tener una tutela efectiva en los derechos, sin que necesariamente hablemos de rapidez o celeridad en el proceso como objetivo fundamental del mismo. Es así como en este ámbito aparecen las medidas cautelares, que buscan paliar los posibles efectos adversos de la duración de un proceso, sin dejar de lado la necesidad de conocimiento, ponderación y análisis de toda cuestión judicial.

Las medidas cautelares no han estado ajenas a discusiones acerca de su naturaleza, concepto, regulación etc. Tradicionalmente se ha entendido que son aquellas que sirven para “facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”<sup>2</sup>. En definitiva, son aquellas que apuntan a la conservación de la situación de hecho y/o derecho que se ve amenazada por una situación de peligro que intenta regular la medida en concreto.

Sin embargo, con el correr del tiempo, los procesos han ido evolucionando y las medidas cautelares también, ya no teniendo un sentido simplemente conservativo sino que también anticipatorio, con una finalidad más amplia que apunta más bien a adelantar el resultado de la pretensión final, sin perjuicio de esto, antes de entrar en el análisis de estas dos finalidades, es necesario que tengamos presente algunas aclaraciones conceptuales.

En la doctrina se ha distinguido<sup>3</sup>, de acuerdo a su finalidad, entre medidas cautelares conservativas e innovativas, las primeras corresponden a aquellas que “Buscan conservar el estado existente al momento de ser decretadas, para evitar la inutilidad de una ulterior sentencia definitiva”, mientras que las innovativas son aquellas que “Buscan adelantar parte de los efectos constitutivos o innovativos de la sentencia definitiva, alterando la situación de hecho existente, para evitar que la sentencia pierda su efectividad producto del retardo del procedimiento en que será dictada.” Éstas últimas a su vez son denominadas como satisfactivas, en la medida en que realicen el derecho o interés cuya tutela se pretende y anticipativas, en la medida en que adelanten los efectos de la sentencia definitiva.

Luego según la forma en que se encuentran contempladas en la legislación es que podemos distinguir entre las medidas cautelares nominadas, es decir, aquellas que se encuentran expresamente previstas por el legislador, para precaver al actor de los perjuicios producidos por el retardo en la dictación de la sentencia; y por otro lado, están las medidas cautelares innominadas es decir, aquellas que no se encuentran expresamente señaladas en la ley, y que son concedidas al juez mediante la creación por aquella de un poder cautelar general que así lo permite.

Nuestro análisis estará centrado en estas últimas, las medidas cautelares innominadas, estas pueden definirse como “aquellas no previstas en la ley, que puede, dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado

<sup>2</sup> CALAMANDREI, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945, pág. 56.

<sup>3</sup> En este sentido se sigue la clasificación contenida en artículo virtual “Providencias cautelares” disponible en [http://www.lexweb.cl/media/users/10/523229/files/49917/Medidas\\_cautelares\\_civiles.pdf](http://www.lexweb.cl/media/users/10/523229/files/49917/Medidas_cautelares_civiles.pdf). Fecha consulta , 16 junio 2014.

temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”<sup>4</sup>.

De esta definición podemos extraer algunos elementos<sup>5</sup>:

- a) La existencia de un poder de cautela general reconocido al juez para que pueda, sin mayores límites, proveer los medios que considere más idóneos para asegurar el resultado de un proceso y de la ejecución que aspira alguna de las partes
- b) El juez a la hora de escoger estos medios lo hará según su arbitrio, con criterio de oportunidad, atendiendo a las diversas circunstancias de la vida que difícilmente puede contemplar de manera absoluta la ley. Aquí es importante seguir la idea de Galeno Lacerda, quien hace presente que al hablar de arbitrio judicial no implica arbitrariedad en la decisión, sino que estamos ante una libertad de escogencia y determinación dentro de los límites de la ley.

Tratándose en definitiva de una discrecionalidad técnica que se lo concede al operador jurídico, que “hace honor a la parte más noble de la persona del juez: su razón y su conciencia, al servicio de la justicia”.

- c) El carácter cautelar que comparten las medidas innominadas con la nominadas, en orden a prevenir el riesgo que puede llevar a una ejecución ilusoria del fallo, evitando que alguna de las partes incurra en graves perjuicios hacia la otra. Razones que deben estar presente al momento de fundar la dictación de alguna de estas medidas. Así incluso se ha exigido expresamente Exigencia se encuentra algunas veces expresamente establecida en la algunos ordenamientos jurídicos para el caso de las medidas cautelares innominadas, por ejemplo en el código venezolano.

La distinción entre distintas medidas cautelares la podemos encontrar en Italia con Calamandrei<sup>6</sup>.

Calamandrei sostiene que “según sea la naturaleza de la relación sustancial a tutelarse mediante el proceso principal, el grado y la intensidad de la relación de

---

<sup>4</sup> RENGEL ROMBERG, Aristides, “*Medidas cautelares innominadas*”, p. 91. Disponible en <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>. Fecha consulta, 16 junio 2014. En el mismo sentido el Código General del Proceso dispone en su artículo 590 letra c): “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”

<sup>5</sup> Aquí nos guiamos por las ideas contenidas en el artículo de RENGEL ROMBERG, cit. (n.4), pp. 91-94.

<sup>6</sup> Llega a esto a través de un análisis de las disposiciones legales del sistema del código de 1865, el cual vale para la caracterización de los procedimientos cautelares previstos en el código de 1942, entre los cuales se encuentran las “providencias de urgencia” (art. 700 - 702), que es la denominación que trae el nuevo Código italiano para las que CARNELUTTI prefiere llamar “providencias cautelares innominadas”.



instrumentalidad de la providencia cautelar respecto de la providencia definitiva, admite diferencias esenciales, que dan origen a grupos diversos de providencias según la función propia de las mismas.

Así, encontramos aquellas providencias que tratan de suministrar anticipadamente los métodos idóneos para conseguir que la declaración de certeza o la ejecución forzada del derecho en litigio se produzcan cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables, aquellas otras en que la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el merito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho del cual se trata en el juicio de merito, caso en el cual la providencia provisoria cae directamente sobre la relación sustancial controvertida y constituye por ello una declaración interna de merito”<sup>7 8</sup>.

Las medidas cautelares innominadas aparecen en un ordenamiento jurídico, cuando el legislador al regular las medidas cautelares señala algunas expresamente, correspondiendo éstas a las medidas cautelares nominadas, y a la vez, faculta al juez para que en determinados casos pueda decretar medidas cautelares a su arbitrio, dependiendo de las circunstancias del juicio objeto de su conocimiento.

“En un contraste entre las medidas cautelares innominadas y las nominadas, se puede decir que ambas tienen la misma naturaleza cautelar, ambas son temporales e instrumentales respecto a la decisión final del juicio. En este sentido, aparece que tanto la finalidad de las medidas innominadas como las nominadas, es prevenir el riesgo manifiesto de que puede resultar ilusoria la ejecución del fallo y evitar que una de las partes, pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, mientras se decide el juicio principal”<sup>9</sup>.

En este contexto, es válido preguntarse por el fundamento de las medidas cautelares innominadas. El principal de ellos se da en razón del extenso tiempo que los casos están en los tribunales para su conocimiento por parte del juez, debido a que un proceso se compone de una serie de etapas que son necesarias para el cabal discernimiento del juez y así poder adoptar la decisión que corresponda y sea más justa. Así Parra señala que la duración del proceso puede traer consigo dos efectos adversos: (1) hacer infructuosa la sentencia, porque por ejemplo el demandado se insolventa y para este evento existen las medidas cautelares tradicionales o típicas, los embargos y secuestros, etc., (2) o producir un daño por su duración, de ahí porque se

<sup>7</sup> RENGEL ROMBERG, cit. (n.4), p. 96.

<sup>8</sup> *Ibídem* v. gr. en los casos del derecho a los alimentos, o de las medidas que puedan dictarse en beneficio de uno de los cónyuges o de la prole en los procesos de separación personal, etc., en los cuales la providencia cautelar consiste en una decisión anticipada de mérito, destinado a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria se sustituya la regulación de carácter estable dictada en el proceso ordinario de mérito.

<sup>9</sup> Rengel Romberg, cit. (n.4), p. 94.

diga en la letra c) del artículo 590 del Código General del Proceso: asegurar la efectividad de la pretensión<sup>10</sup>.

En este mismo sentido el Dr. Raúl Marcelo Nessier señala que las etapas del proceso pueden tener una duración incierta, tiempo en el “cual se pueden deteriorar las expectativas, la integridad personal, las pruebas, el patrimonio, la eficacia de las decisiones judiciales, y en definitiva los derechos del postulante”<sup>11</sup>.

Si bien la duración incierta del proceso es el fundamento principal de las medidas cautelares innominadas, encontramos que hay un segundo fundamento, el cual menciona que el peligro en la demora consiste más bien “en el prolongarse el estado de insatisfacción del derecho reclamado en el juicio, con el peligro inminente de que llegará tarde la providencia de mérito y será ya irreparable el daño causado a la parte; lo que justifica, por un lado, la urgencia de la medida y por otro, la anticipación provisoria de los efectos de la eventual providencia estimatoria de la demanda”<sup>12</sup>.

Así, es como a través de estos dos fundamentos se ve necesaria la existencia de estas medidas cautelares innominadas.

### 1.3 Reconocimiento en ordenamientos jurídicos<sup>13</sup>

Las medidas cautelares innominadas las podemos encontrar reconocidas en diversos ordenamientos jurídicos, tales como en el código brasileño el cual faculta al juez en general, para autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar la guarda judicial de personas y depósito de bienes e imponer la prestación de cauciones, a fin de evitar que una parte cause al derecho de la otra lesiones graves o de difícil reparación, antes de la decisión de la litis, (artículo 799, C.P.C.). Otra manifestación la podemos encontrar en el derecho alemán, ordenamiento en el cual el “poder cautelar general” aparece en la forma más amplia, en el cual el tribunal puede dictar la medida aunque no se haya acreditado la acción ni el motivo, si se presta caución por los daños que pueden derivar para la parte contraria (artículo 921, 936 Z.P.O.), y la medida puede dictarse inaudita parte también podemos encontrarlo en el código de procedimiento civil chileno en su artículo 298 (288) que dispone “podrá también el tribunal cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originan.

Otras manifestaciones las podemos encontrar en el código venezolano y en el código general del proceso, en el derecho italiano, entre otros.

<sup>10</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. “Medidas cautelares innominadas”, p. 313. Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-qui-jano.pdf>. Fecha consulta, 15 junio 2014.

<sup>11</sup> NESSIER MARCELO, Raúl, “Tutelas diferenciadas y cautelares modernas, hijas de la tutela judicial efectiva”, p.1. disponible en <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion13/tema05.html>. Fecha consulta, 16 junio 2014.

<sup>12</sup> RENGEL ROMBERG, cit. (n.4), p. 111.

<sup>13</sup> Basado en lo dispuesto en RENGEL ROMBERG, cit. (n.4), p.93.

## **2. MEDIDAS CAUTELARES Y SU RELACIÓN CON LA TUTELA JUDICIAL, DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE, IGUALDAD DE LAS PARTES Y SEGURIDAD JURÍDICA**

Las medidas cautelares se insertan dentro de la tutela judicial, el cual no incorpora sólo un derecho de acceso a los tribunales, sino que algo más, ya que lo que las personas buscan al recurrir al poder judicial un concreto amparo de sus derechos.

En ese sentido, Bordalí señala “El derecho a la tutela judicial tiene por objeto poner en movimiento el proceso judicial sólo para dar tutela a los derechos y, quizá también, a los intereses legítimos, de quienes concurren a los tribunales de justicia pidiendo el auxilio del Estado. No tiene este derecho fundamental por objeto un poder abstracto de acceso a la justicia, desvinculado de concretos derechos e intereses necesitados de tutela.

El derecho a la tutela judicial tiene como contenidos mínimos los siguientes: a) Derecho de acceso a la justicia; b) Derecho a que el tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho; c) Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, derecho que incluye entre sus contenidos: i) la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (o respecto de la cosa juzgada), ii) disponer de medidas cautelares, y iii) la ejecución de las resoluciones judiciales; y finalmente, d) Derecho al recurso legalmente previsto”<sup>14</sup>.

En este sentido, el autor señala que dentro del contenido de la tutela judicial se encuentra el disponer de medidas cautelares, las cuales van en el mismo fin que aquella, tutelar los derechos.

Así mismo, se puede relacionar las medidas cautelares con el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, ya que si bien todas las personas tienen el mencionado derecho, puede ocurrir que las etapas de un proceso conlleven una duración de tiempo que respete el plazo razonable, sin embargo, para el derecho o interés que se alega en juicio, sea un tiempo demasiado extenso, y sea necesario recurrir a este mecanismo de las medidas cautelares para tutelar el derecho correspondiente y así no afectar el debido proceso. En este sentido, también encontramos que las medidas cautelares se relacionan con la igualdad de las partes, ya que al decretarlas se protegerá a aquella parte que se ve en una cierta desventaja porque se puede ver afectada por un daño que será irreparable, equiparando de esta manera a ambas partes en litigio.

## **3. CRÍTICAS Y LÍMITES A ESTA POTESTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ**

---

<sup>14</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista chilena de derecho*, vol. 38, n°2, p.335.

El legislador al concebir un sistema cautelar positivo, puede facultar al juez para que éste dicte las medidas cautelares que estime convenientes al caso concreto, apareciendo de este modo las medidas cautelares innominadas.

Se ha criticado esto señalando que lo que el legislador realmente está haciendo es traspasar parte de su función legislativa al juez, ya que en último término será éste quien determine las medidas cautelares. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las realidades y los problemas van cambiando con el correr del tiempo, y de este modo, el legislador al momento de ejercer su función legislativa no puede tener en cuenta cada uno de los posibles problemas que se pueden llegar a generar, y así darles una solución. En este ámbito, las medidas cautelares innominadas aparecen como un instrumento útil que tiene a su disposición el juez, quien no siempre estará obligado a decretarlas, sino que deberá verlas de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, operando como un mecanismo de justicia y de igualdad de las partes en el proceso. Operará como un mecanismo de justicia ya que si el legislador no tuvo en vista al momento de determinar las medidas cautelares el problema en el caso concreto, el juez puede solucionarlo y así darle una garantía a las partes a través de las medidas innominadas; y operará como un mecanismo que deje en igualdad a las partes, porque protegerá a aquella que se vea en una desventaja y que con el tiempo traerá un perjuicio irreparable para ella.

Se ha dicho que el legislador al otorgarle al juez esta facultad discrecional, se está consagrando un poder de cautela general, el cual es entendido como “competencia que posee cualquier órgano con función jurisdiccional para decretar, de oficio o a petición de parte, en cualquier tipo de proceso, en cualquier estado de la causa, cualquier tipo de medida idónea que tienda a la protección de determinados derechos, amenazados, puestos en peligro, dada la natural duración de los procesos, para establecer su contenido, su alcance y duración, así como la modificación, sustitución o cese de aquella”<sup>15</sup>.

Entendido de esta manera, y con lo dicho anteriormente, se ve claramente que es un instrumento a disposición del juez que lo que busca es la justicia, y es por esto que se debe tener gran cuidado en su implementación y establecer límites claros para que no se convierta en una decisión arbitraria y con esto, injusta.

Siendo el tema de este trabajo no sólo las medidas cautelares innominadas, sino que aquellas que son anticipatorias, es decir mediante las cuales se están adelantando los efectos de la sentencia definitiva, y además de que al juez se le está otorgando una facultad totalmente discrecional, es válido preguntarse sobre los límites que debe tener el juez para que no se convierta en una decisión arbitraria el otorgar o no medidas

---

<sup>15</sup> KLETT FERNÁNDEZ, Selva, “Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la república oriental del Uruguay”, p. 1013. XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal 2013, Medellín, Colombia.

innominadas, y por la conveniencia de que un ordenamiento jurídico adopte o no dichas medidas.

Respecto a los requisitos que debe tener en cuenta el juez para decretar una medida cautelar innominada se encuentran<sup>16</sup>:

- i) El juez apreciará la legitimación o interés de las partes, teniendo a la vista la concepción del *fumus boni juris*.
- ii) El juez apreciará el *periculum in mora*, es decir, la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho que requiere una pronta atención. Para esto deberá considerar la proporcionalidad de la medida, es decir, debe hacer una ponderación entre los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio y, los del demandante que enfrenta el riesgo que cuando se produzca la sentencia, ésta resulte completamente inútil, porque el daño fatalmente se produjo.
- iii) Además tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, es decir, que sea el derecho del demandante más probable que el del demandado. La verosimilitud depende del contenido del derecho material de la alegación, el cual debe ser identificado con base en la tutela pretendida y en los fundamentos invocados para su obtención. De modo que la verosimilitud solamente puede ser comprendida a partir de las diferentes necesidades del derecho material.

Siguiendo al mismo autor, respecto a los requisitos que debe tener en cuenta para decretar la medida cautelar anticipatoria, se encuentran<sup>17</sup>:

1. Que lo pretendido por el demandante sea probablemente lo que se acogerá en la sentencia, lo cual supone estudiar el derecho material que legitima la pretensión. El juez para hacer esa proyección, debe estudiar juiciosamente la demanda y las pruebas que se hayan acompañado con ésta. Se requiere que teniendo retenida en la memoria la demanda, imagine el posible resultado. Así, con base en la demanda y las pruebas acompañadas, si el juez puede hacer la proposición “Si P, entonces es probable J, puede decretar la medida cautelar”.
2. Que se pruebe que se producirá un daño si no se toma la medida, ya que el juez tiene la posibilidad de decretar la medida si es necesaria. Calificar la necesidad queda a la ponderación del juez, que debe hacer un test racional si no se toma la medida (indispensable) el daño se produce, en caso contrario la debe negar. La prueba debe ejercer regencia sobre la racionalidad del juez para que se represente la imperiosa necesidad de tomar la medida. Podemos afirmar que la libertad del juez para decretarla, resulta sitiada por la necesidad

<sup>16</sup> En esta materia seguimos a PARRA QUIJANO, Jairo, cit. (n.10) pp. 309-312.

<sup>17</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, cit. (n.10), pp. 315- 317.

3. La efectividad de la medida, se toma en el sentido que sea idónea.

En este mismo sentido, el ejercicio de esta delicada e importante facultad, el juez ha de atender principalmente<sup>18</sup>:

1. la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida.
2. apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación.
3. la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte.
4. apreciar si la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño.
5. todas las demás circunstancias que le lleven a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

Así se ve claramente que el juez tiene que constatar una serie de requisitos para poder otorgar una medida cautelar innominada anticipativa, ya sea de oficio, o a petición de las partes. Sin embargo, estos requisitos que a la vez constituyen límites a su potestad, para que realmente cumplan la función de tales, consideramos que deben estar expresamente establecidos por la ley, y el momento para hacer esto es aquel en el que el legislador decide otorgarle esta potestad discrecional al juez. De este modo, consagrando la potestad junto a sus límites en la ley, encontramos un mecanismo para que dicha decisión no devengue en una arbitrariedad.

Sumado a lo anterior, también se le podría exigir al juez que al momento de decretar la medida cautelar innominada anticipativa, fundamente su decisión, de esta manera se deja en claro el por qué las decretó y las circunstancias que tuvo en mente para hacerlo. Esto no es de menor relevancia, ya que recordemos que se están adelantando los efectos de la sentencia definitiva. Es por este motivo, que el juez en este momento es cuando realmente debe serlo, ver todos los antecedentes con los que cuenta, e imaginarse una posible decisión del asunto tomando en cuenta cada uno de los elementos y hacer un análisis detallado, sólo así se logrará una decisión justa para las partes.

Alterini, sostiene que “la exigencia de seguridad es propia de la condición humana, vista ella como el saber a qué atenerse, el tener un grado de certeza y estabilidad en una determinada situación generadora de confianza, y que se opone a sensaciones angustiantes de incertidumbre, intranquilidad y falta de protección”<sup>19</sup>.

La necesidad de seguridad también se ve en el mundo del derecho, así se habla de seguridad jurídica en tres dimensiones (i) la seguridad por medio del derecho que

<sup>18</sup> RENGEL ROMBERG, cit. (n.4), p. 111.

<sup>19</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, pp. 15-17.

consiste en la garantía dada por el ordenamiento jurídico de la protección de los derechos y de la sanción a sus transgresores; (ii) la seguridad como certidumbre del derecho consiste en la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona y la convicción fundada de su respeto; (iii) y la seguridad como estabilidad del derecho implica la existencia de un sistema legislativo ordenado en el cual las normas jurídicas son creadas por un órgano competente sujeto a procedimientos reglados, de manera que los cambios sean razonables y previsibles<sup>20</sup>.

Para lograr la seguridad jurídica, es necesario que los derechos declarados por el ordenamiento jurídico, se puedan hacer valer, aún cuando sea necesaria la intervención judicial. Sin embargo, para que la tutela de derechos sea efectiva, es menester la celeridad de su protección, puesto que la tardanza hace que las demoras en la tramitación sólo vuelve inútil el reconocimiento del derecho tutela. Esto es una analogía del ya conocido aforismo jurídico “*justicia que tarda en llegar no es justicia*”.

Así, entonces, como frente a este problema, y tal como lo ha señalado Chinchilla Marín “las medidas cautelares aparecen como el instrumento para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, de manera que la sentencia que en su día declare el derecho, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente”<sup>21</sup>.

#### 4. UN NUEVO ENFOQUE

Sin perjuicio todo lo ya mencionado en este trabajo, es necesario que no perdamos de vista las nuevas concepciones que vienen apareciendo en materia de tutela cautelar y tutela anticipativa. Marinoni es uno de los autores que sigue la postura en orden a distinguir ambos tipos de tutelas por tratarse de cosas que apuntan a diversos objetos.

Para este autor<sup>22</sup>, la tutela cautelar se destina a asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material, siendo una herramienta que permite obtener una satisfacción fructuosa en la pretensión definitiva. En un sentido distinto encontramos a la tutela anticipatoria, la cual es satisfactiva del derecho material, permitiendo la realización del mismo y no su seguridad, en un sentido cautelar, teniendo el mismo contenido que la tutela final, “es la tutela final anticipada con base en cognición sumaria, satisfaciendo al autor, dándole lo que anheló al proponer la acción”<sup>23</sup>, alejándose claramente del sentido cautelar.

<sup>20</sup> Restrepo Medina, Manuel Alberto, La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo, *Estud. Socio-Juríd* vol.7 no.2 Bogotá, 2005.

<sup>21</sup> CHINCHILLA MARÍN, Carmen, La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Civitas, 1991, p. 28.

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, “de la tutela cautelar a la tutela anticipativa”, p. 19 Disponible en [https://www.academia.edu/1501542/De\\_la\\_tutela\\_cautelar\\_a\\_la\\_tutela\\_anticipatoria](https://www.academia.edu/1501542/De_la_tutela_cautelar_a_la_tutela_anticipatoria).

<sup>23</sup> *Ibidem*

No obstante lo anterior no debemos dejar el hecho de que la tutela cautelar (en un sentido tradicional, dentro de la cual encontramos a las medidas innominadas) y la tutela anticipativa si tienen aspectos en común, como la instrumentalidad y la provisionalidad, el no producir efectos de cosa juzgada material, ni su acogimiento configura prejuzgamiento, que son de ejecutabilidad inmediata, revisten carácter urgente y en ambos casos se exige contracautela<sup>24</sup>.

Sin embargo podríamos decir que esta tutela anticipatoria carece de este carácter instrumental, pues más que asegurar el éxito del proceso es un fin en sí mismo al adelantar los resultados concediendo lo solicitado por el demandante en su pretensión.

Pero, fundamentalmente difieren en “la finalidad que tiene una y otra, pues mientras las cautelares tienen por fin asegurar la eficacia de la sentencia (anotación de litis, medida de no innovar, medida cautelar genérica) o de la ejecución futura de una sentencia de condena (embargo, inhibición general de bienes, interventor recaudador, secuestro, etc.), la tutela anticipada tiene por objeto la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda (tutela coincidente) cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable”<sup>25</sup>.

Esta visión ha sido incluso recogida ya por algunos tribunales como ocurre con la corte suprema en Chile, la cual rechaza un recurso de nulidad por despido injustificado apreciando con claridad que se rechaza la “medida cautelar” por tener un fin mas amplio que los asegurativos, pretendiendo mas bien la pretensión de la acción deducida. confundiendo de esta manera el hecho de garantizar lo pedido en una demanda con la obtención plena de la misma, encubriendo de tal manera, por medio de una orden de no innovar, que el juez autorice lo solicitado autorizando a su vez los hechos que motivan el litigio<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> PAULETTI, Ana Clara, “Tutela anticipatoria y proceso civil en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Rev. AADP*, año VI, N°8, junio de 2012, p. 5. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TbROQyOB5AwJ:ateneoentrerriano.org/ateneistas/TUTELA%2520ANTICIPADA%2520Y%2520PROCESO%2520CIVIL%2520EN%2520LA%2520JURISPRUDENCIA%2520DE%2520LA%2520CORTE%2520PAULETTI.doc+&cd=1&chl=es-419&ct=clnk&client=safari>  
Fecha consulta , 14 junio 2014.

<sup>25</sup> DE LOS SANTOS, M.: "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", en JA 1997-IV-800, misma autora en “El lanzamiento anticipado en la reforma procesal civil”, JA 2003-IV-955.

<sup>26</sup> Argumenta lo siguiente: que, por su naturaleza, la institución de las medidas precautorias tiene *como único y limitado objetivo el de asegurar el resultado de la acción deducida*. Que en la especie se ha pedido que se decrete desde luego, y sin previa notificación como medida precautoria, *la inmediata reincorporación en los cargos que desempeñaban los demandantes en la [...] en juicios del trabajo sobre nulidad de despidos*. Que, a juicio de esta Corte no puede estimarse que “existan razones graves” para ordenar desde luego el cumplimiento de las precautorias solicitadas, *en atención a que no se observa, con los antecedentes reunidos, que las susodichas medidas tienden a asegurar el resultado de la acción, toda vez que no procede confundir el garantizar lo pedido en una demanda, con la obtención plena de lo que con la interposición de la misma se pretende, pues aceptar otra interpretación —aún entendiéndola en la forma más amplia las finalidades de las precautorias— podría significar autorizar de manera encubierta a un Tribunal a decretar una verdadera orden de no innovar a lo obrado por particulares en relación, precisamente con los hechos que motivan el litigio*. Disponible en *RDJ.*, t. LXIX, (1972), segunda parte, sec. 2, págs. 26 y 27.



## 5. CONCLUSIONES

1. El desarrollo de los procesos civiles en la actualidad es lento, prolongándose en un período larguísimo de tiempo que incluso puede llegar a superar los 10 años. Durante este transcurso de tiempo el objeto del proceso puede sufrir alteraciones, causando finalmente un grave perjuicio en las partes y en la posibilidad de poder ejecutar una sentencia definitiva. Es por esta razón, entre otras, que aparecen las medidas cautelares como una solución a este problema, cuya principal función (en un principio) es poder asegurar la cosa litigiosa para que la ejecución del fallo no sea un mera ilusión.

2. Las medidas cautelares han tenido una evolución en cuanto a su enfoque a través del tiempo. Sin embargo, se encuentran íntimamente relacionadas con el derecho a la tutela judicial, el plazo razonable y la igualdad de las partes en el proceso.

3. El legislador al regular las medidas cautelares e incorporar dentro de esta regulación las medidas cautelares innominadas, le está otorgando al juez una potestad discrecional, la cual debe tener una serie de límites para que no caiga en arbitrariedad.

Sin dejar de lado que se trata de una discrecionalidad técnica entregada al juez que no implica per sé arbitrariedad.

4. A través de esta potestad el juez puede decretar una medida cautelar innominada anticipativa, con la cual está adelantando los efectos de la sentencia definitiva.

5. Se ha criticado esta facultad otorgada por el legislador al juez, porque sería un traspaso de parte de sus facultades legislativas a éste, ya que será el juez en último término quien determine cuáles serán las medidas cautelares, señalando que éste tiene un poder cautelar general. Sin embargo, se considera necesario como un mecanismo de justicia para las partes.

6. La visión tradicional de las medidas cautelares indica que la finalidad de estas es la seguridad de las pretensiones por los diversos peligros a que ella está expuesta producto del largo tiempo que demora la justicia en llegar, distinguiendo entre medidas conservativas y anticipatorias. Sin embargo con el transcurso del tiempo, esta visión ha evolucionado para algunos autores, la cual incluso ya sido recogida por la jurisprudencia en algunos casos, señalando que no podemos englobar dentro del sentido cautelar a estas “tutelas”, sino que se tratan de dos cosas distintas, que si bien pueden tener alguna que otra característica en común, siguen teniendo diferentes objetos o apuntan a distintas finalidades.

## REFERENCIAS

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

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista chilena de derecho*, vol. 38, n°2.

CALAMANDREI, Piero. “*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*”, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945.

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

DE LOS SANTOS, m.: “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, en *JA 1997-IV-800*, misma autora en “El lanzamiento anticipado en la reforma procesal civil”, *JA 2003-IV-955*.

KLETT FERNÁNDEZ, Selva, “*Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la república oriental del Uruguay*”, XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal 2013, Medellín, Colombia.

MARÍN GONZALES, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, año 2006, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MARINONI, Luiz Guilherme. “*De la tutela cautelar a la tutela anticipativa*”<sup>27</sup>.

NESSIER MARCELO, Raúl, “*Tutelas diferenciadas y cautelares modernas, hijas de la tutela judicial efectiva*”<sup>28</sup>.

PARRA QUIJANO, Jairo. “*Medidas cautelares innominadas*”<sup>29</sup>.

PAULETTI, Ana Clara, “Tutela anticipatoria y proceso civil en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Rev. AADP*, año VI, N°8, junio de 2012<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Disponible en [https://www.academia.edu/1501542/De\\_la\\_tutela\\_cautelar\\_a\\_la\\_tutela\\_anticipatoria](https://www.academia.edu/1501542/De_la_tutela_cautelar_a_la_tutela_anticipatoria)

<sup>28</sup> Disponible en <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion13/tema05.html>.

<sup>29</sup> Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>.

<sup>30</sup> Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TbROQyOB5AwJ:ateneoentrerriano.org/ateneistas/TUTELA%2520ANTICIPADA%2520Y%2520PROCESO%2520CIVIL%2520EN%2520LA%2520JURISPRUDENCIA%2520DE%2520LA%2520CORTE%2520PAULETTI.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&client=safari>



RENGEL ROMBERG, Aristides, “*Medidas cautelares innominadas*”<sup>31</sup>.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo*. Estud. Socio-Juríd vol.7 no.2 Bogotá, 2005.

---

<sup>31</sup> Disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>.



MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO PENAL  
DESTINADAS A LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE  
OBRAS CINEMATOGRAFICAS EN EL CIBERESPACIO\*

Semillero de Derecho Procesal de la  
Universidad Libre, Seccional Cali\*\*

*Freddy Saúl Angulo<sup>I</sup>, Carolina Pérez Castillo<sup>II</sup>,  
Luis Felipe Echeverri Pinilla<sup>III</sup>, Cristhian David Bolaños<sup>IV</sup>,  
Jenny Marcela Trejos Trejos<sup>V</sup>, Carlos Alberto Gonzales<sup>VI</sup>*

*Director: Herman Gómez Gutiérrez<sup>VII</sup>*

**RESUMEN**

En el siguiente documento, se analiza si las actuales medidas cautelares, aplicables a la defraudación patrimonial de obras cinematográficas, son o no eficaces en el ámbito colombiano. Se llegó a la conclusión de que las entidades de control, encargadas de realizar el seguimiento y protección de la propiedad intelectual, no tienen las herramientas suficientes para controlar ni tutelar de manera efectiva los derechos consagrados constitucionalmente respecto de las nuevas tecnologías implementadas en el ciberespacio. Por tanto, es necesario implementar -por parte

\* Artículo inédito. Recibido 24 de febrero de 2015 – Aprobado el 10 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 y del Concurso.

\*\* Los autores son estudiantes que conforman el grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali.

<sup>I</sup> Estudiante de IV año de Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali.

<sup>II</sup> Estudiante de IV año de Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali.

<sup>III</sup> Estudiante de IV año de Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali.

<sup>IV</sup> Estudiante de IV año de Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali.

<sup>V</sup> Estudiante de IV año de Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali.

<sup>VI</sup> Estudiante de IV año de Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali.

<sup>VII</sup> Director del semillero de investigación en Derecho Procesal y docente de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cali. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

de los operadores judiciales- las medidas cautelares innominadas, previstas en el código general del proceso. Al final, se hacen propuestas para ser implementadas en el ámbito jurídico y académico.

**Palabras claves:** Propiedad intelectual, medidas cautelares innominadas, derechos de autor, derechos patrimoniales, ciberespacio.

## ABSTRACT

In the following paper, we analyze whether the current precautionary measures applicable to the financial fraud of films, or not effective in the Colombian area. It was concluded that the control entities, responsible for carrying out monitoring and protection of intellectual property, have sufficient tools to control and protect effectively the rights constitutionally enshrined on emerging technologies implemented in cyberspace. It is therefore necessary to implement-for-judicial operators the unnamed precautionary measures provided for in the General Code of Procedure. In the end, they make proposals to be implemented in the legal and academic fields.

**Key words:** Intellectual property, unnamed precautionary measures, copyrights, proprietary rights, cyberspace.

## INTRODUCCIÓN

El hombre, como individuo, es fuente creadora, dispuesto a encontrar en su mundo - ya sea por necesidad, ya por simple ocio- la respuesta a sus más profundas inquietudes y dudas; dicha creatividad promueve la evolución de su entorno. De esta manera, el hombre busca trascender sobre sí mismo; en la mayoría de los casos, obtiene un beneficio común en lo emocional, lo físico, lo psicológico o lo intelectual.

El hombre es un ser social, por ende, reclama protección sobre lo que ha creado; lo cual es justo. De hecho, su invento es un derecho exclusivo e innegable; por tanto, merece una importancia irrefutable a la protección de su creación. Surge, entonces, bajo el nombre de “*propiedad intelectual*”, la conceptualización y reconocimiento de la autoría, a todas aquellas obras producto del talento y la mente creativa del hombre, que se configuran como “*obras propias*”, aunque su uso cotidiano lo haga la comunidad. Estas obras han sido divididas en dos categorías específicas: a) a destinada a la protección de todas aquellas ideas que se implementarán en el sector productivo, denominada “*propiedad industrial*”; b) la que protege toda forma de expresión del hombre para exponer sus ideas, creaciones literarias, científicas y artísticas, es decir, “*el derecho o derechos de autor*”.

## 1. MARCO CONCEPTUAL

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de Manuel Ossorio (2006: 785), define la propiedad intelectual así:

*“La que el autor de una obra artística, científica o literaria tiene sobre ella y que la ley protege frente a terceros, concediéndole la facultad de disponer de ella, publicarla, ejecutarla, representarla y exponerla en público, así como de enajenarla o autorizar su traducción y reproducción por otras personas”. “La protección alcanza a toda clase de escritos, obras dramáticas, musicales, cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; dibujos, pinturas, esculturas, arquitectura, modelos y obras de arte para el comercio y la industria; impresos, planos, mapas, fotografías, grabados y discos fonográficos, plásticos, etc. esta relación es enunciativa, porque el derecho de autor está referido a toda producción derivada de la inteligencia. Por regla general, el derecho de autor no es ilimitado, sino que tiene un plazo de vigencia, generalmente la vida del autor y unos años posteriores a favor de los herederos, también un plazo que la ley establece”.*

Estas prerrogativas, propias de los titulares de los derechos de autor, se denominan *“derechos patrimoniales”*. En otras palabras, ellos pueden disponer de la obra a cualquier título, durante la vigencia temporal del derecho. Como se puede observar, *la propiedad intelectual* está dentro del marco de la disciplina jurídica, cuyo objeto de protección está representado en los *bienes inmateriales*, de *naturaleza intelectual*, contenido creativo y conexos a éste<sup>1</sup>. Teniendo en cuenta la influencia determinante de los mecanismos de protección -que se les brindan al titular o titulares de derechos, es decir, al autor o los autores (personas naturales o jurídicas)- la propiedad intelectual se convierte en la herramienta que, por un lado, da participación -en un marco de legalidad- a aquellos bienes intangibles y transables en el mercado, producto del intelecto; y, por el otro, deja clara la importancia que tienen los derechos morales y patrimoniales; sin dejar de lado el compromiso social por el que debe velar el Estado, como es el derecho a la información y capacitación constante de su población.

Es relevante conocer su evolución histórica y la de cada una de las especialidades que de ella surgen dentro del derecho. En efecto, tanto la propiedad industrial como los derechos de autor se han dado de manera autónoma, de acuerdo con las necesidades del lugar donde se desarrolle cada una, en el mundo del derecho<sup>2</sup>. Mediante el Convenio de París, en 1883, y el de Berna, para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886 [tratados administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)]<sup>3</sup>, empezó a ser reconocida -como derecho- la

<sup>1</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el marco de la Propiedad Intelectual. El Desafío de las Nuevas Tecnologías. ¿Adaptación o cambio? Curso de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Quito, 1995. Citado por: VEGA JARAMILLO, Unidad Administrativa Especial Ministerio del Interior y de Justicia. Bogotá-Colombia. 2010. p.9.

<sup>2</sup> VEGA JARAMILLO, Opus. Cit.p.9.

<sup>3</sup>La OMPI es el foro mundial en lo que atañe a servicios, políticas, cooperación e información en materia de propiedad intelectual (P.I.). Es un organismo de las Naciones Unidas, autofinanciado, que cuenta con 187 Estados miembros.

propiedad intelectual. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Artículo 27, la define así:

*“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.*

*Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”*

En el contexto colombiano, para referirnos a la propiedad intelectual, debemos remitirnos al Código Civil, que -en su Artículo 671- preceptúa: *“las producciones del talento o de ingenio son una propiedad de sus autores, esta especie de propiedad se registrará por leyes especiales”*<sup>4</sup>.

Por otra parte, constitucionalmente, encontramos, en el Artículo 61, la responsabilidad que debe asumir el Estado para la protección de la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que la ley establezca. Esta reglamentación va dirigida a la propiedad intelectual; como género, abarca tanto la propiedad industrial como los derechos de autor<sup>5</sup>. Queda claro que: la propiedad industrial es un conjunto de derechos de carácter exclusivo, siendo a la vez una actividad innovadora, en cuanto a productos, procedimientos, diseños, el área mercantil y demás signos distintivos propios del empresario comerciante, pues en ellos está inserta la actividad industrial empresarial, cuyo objeto es proteger aquellos productos usados en el sector productivo o de servicios. Vale la pena mencionar lo que Manuel Pachón Muñoz señala:

*“Los derechos de propiedad industrial pueden dividirse en tres grupos: derechos de las creaciones nuevas que comprenden las patentes de invención, los modelos y dibujos industriales, modelos de utilidad, obtentores vegetales, los circuitos integrados, otorgando a su titular la facultad exclusiva de explotarlos por un espacio determinado de tiempo; los signos distintivos en los que encontramos las marcas, los nombres comerciales, las enseñas, las denominaciones de origen y las llamadas recompensas industriales, estos derechos son una manera de obtener ciertas ventajas en la búsqueda y mantenimiento de una clientela mediante la utilización de símbolos que permiten identificar al fabricante, el establecimiento, los productos o el origen de estos y la represión de la competencia desleal; con ella se busca señalar las normas de*

---

La misión de la OMPI es llevar la iniciativa en el desarrollo de un sistema internacional de P.I. equilibrado y eficaz, que permita la innovación y la creatividad en beneficio de todos. El mandato y los órganos rectores de la OMPI, así como los procedimientos que rigen su funcionamiento, están recogidos en el Convenio de la OMPI, por el que se estableció la Organización en 1967. De: [“http://www.wipo.int/about-wipo/es/index.html”](http://www.wipo.int/about-wipo/es/index.html)

<sup>4</sup> CASTRO GUERRERO, Arturo; CONTRERAS RESTREPO, Gustavo y TAFUR GONZÁLEZ, Álvaro. Código Civil Comentado. Bogotá-Colombia: Editorial Leyer. 2008, p.588.

<sup>5</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá-Colombia: Editorial Panamericana. 2005. p.73.

*comportamiento para los comerciantes y se procura reprimir los abusos de los excesos de competencia*<sup>6</sup>.

La propiedad industrial está tipificada en la norma jurídica, de esta manera: a) su alcance y sus limitaciones; b) los requisitos para su existencia; c) la intervención por norma general de una autoridad administrativa para su concesión y reconocimiento; en el caso de Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio; d) la temporalidad de los derechos que se determinan para asegurar su explotación económica; e) su carácter eminentemente territorial. Las nuevas creaciones constituyen monopolios legales temporales que limitan la competencia y los signos distintivos; es decir, son instrumentos de competencia que contribuyen a la transparencia del mercado, además, concede protección a ciertos bienes intangibles en razón de su aplicación en la industria y el comercio, sin tener en consideración la relación que tengan con el autor. Como se puede observar, de acuerdo con su conceptualización y ámbito de protección, la violación de estos derechos perjudica enormemente el sector industrial y comercial, pues es evidente la falta de competencia leal e igualdad; condiciones que deben prevalecer aun cuando existen herramientas efectivas implementadas por los distintos órganos de control que actualmente propenden la mejora y aplicación de los reglamentos para la protección de datos, reglamentos técnicos y metrología legal, decretos, resoluciones, doctrina, normas supraconstitucionales; entre otros.

El *derecho de autor*, como ya se mencionó, protege las creaciones expresadas a través de los géneros literarios o artísticos que provienen de la manifestación o creación del espíritu, de manera que pueden ser percibidas y nacen sin que sea necesaria formalidad alguna. Es importante puntualizar que existe una semejanza fundamental entre el derecho de autor y la propiedad industrial, consistente en que el bien jurídico protegido está constituido por un aporte intelectual, en algunos casos creativos y en otros, por lo menos vinculados con la creación. Entre ambas disciplinas, existen aspectos comunes, por ejemplo, cuando se presenta una creación intelectual, por su naturaleza, puede ser protegida como obra artística y, como diseño industrial, cuando sea utilizada como marca. En efecto, el derecho de autor es reconocido como un derecho humano por la declaración de los derechos humanos y su consideración, como tal, significa que tiene la condición de atributo inherente a la persona, que no puede ser desconocido ni vulnerado. En cambio, la propiedad industrial confiere protección a ciertos bienes inmateriales en razón de su aplicación en la industria y el comercio, y no se observa en ella una consideración como la que reconoce el derecho de autor a la correspondencia íntima entre autor y obra, ni ha sido reconocida como derecho humano<sup>7</sup>.

El derecho de autor protege tres particularidades:

<sup>6</sup> PACHÓN MUÑOZ. Manual de propiedad. Bogotá-Colombia: Editorial Temis. P.1.

<sup>7</sup> VEGA JARAMILLO, Alfredo. Manual de Derecho de Autor. Dirección Nacional de Derecho de Autor Unidad Administrativa Especial Ministerio del Interior y de Justicia. Bogotá-Colombia. 2010. P10.



- la forma: las creaciones formales y no las ideas contenidas en la obra, pues las ideas no son obras y su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas. Exclusivamente, se protegen las ideas del autor descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras;
- la originalidad o individualidad de la obra: manifiesta la esencia misma de su autor, la dota de personalidad, sin exigir que sea novedosa, pues su mera expresión contiene características propias que permiten diferenciarla de cualquier otra obra del mismo género<sup>8</sup>. En tal sentido, no se considera -como creación original- la labor de los llamados “colaboradores técnicos”, como el dibujante, transcriptor musical o corrector de pruebas y
- el mérito, como concepto subjetivo: corresponde al ámbito de la crítica y no del derecho como tal. Este -independientemente del género, artístico o literario- encuentra su importancia en el impacto que tenga dentro de una sociedad y la relevancia que esta le dé. Puede ser por obras creadas por genios o autores de tipo artesano que carecen de estudios y formación académica. O por la destinación de la obra, que incluye la forma como ha sido expresada, escrita, sonora, audiovisual, etc. para los cuales la forma más efectiva es la capacidad de protección que jurídicamente se le pueda dar a determinada obra. Estos derechos de autor perduran durante toda la vida del autor y su registro se realiza ante la Dirección Nacional del Derecho de autor.

Tanto para la propiedad industrial como para los derechos de autor, después de su ámbito temporal de protección, las obras o producciones pasan al dominio público; así se cumple el objeto social de la propiedad intelectual, como género.

Debido a la forma asombrosa como los individuos direccionan la información, a través de los distintos medios de comunicación, cada vez es más fácil su acceso a todas las personas. Lo cual facilita la vulneración de los derechos objeto de protección, dentro de la propiedad intelectual; y hace más dispendioso el control sobre las reconocidas obras del espíritu y el intelecto humano. Por tanto, debe ponerse en efectivo movimiento el aparato judicial, es decir, debe ser la intención principal de la administración de justicia. Desde el principio de eficacia e igualdad procesal, se deben formular diferentes alternativas, como medidas de protección para proteger los derechos asignados a los autores beneficiarios de dicha cobertura. Entre ellas y como objeto de estudio de esta investigación, encontramos las medidas cautelares, que tienen por objeto garantizar *el principio de igualdad procesal*<sup>9</sup>. Estas medidas se convierten en herramientas mediante las cuales, el ordenamiento jurídico protege transitoria y provisionalmente, a quien acude a la administración de justicia a reclamar su derecho. Este es uno de los criterios más difícil de unificar en el ámbito internacional; su meta principal es evitar que se siga vulnerando el derecho en el tiempo, o que se lleve a cabo una vulneración, puesto que puede ser evitada. Si bien es cierto que las medidas

<sup>8</sup> LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ediciones Unesco/ Cerlalc/Zavalía, 1993, p.15.

<sup>9</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Medidas Cautelares en el código general del proceso. Bogotá: Editorial Temis. 2010.

cautelares -en materia de propiedad industrial- han ofrecido herramientas más efectivas para quienes la proclaman como titulares de derecho, no es menos cierto que esta labor ha sido facilitada por el bien tutelado por esta. Cuando se tutelan bienes usados en el ámbito industrial y comercial -fácilmente percibidos e identificados por las autoridades competentes y por los titulares de derecho para reclamar su debida protección- es posible recurrir efectivamente a medidas como la cesación de la actividad infractora y la prohibición de realizar la actividad ilícita.

Actualmente, la información es una herramienta valiosa para todo individuo, Estado o empresa. Mediante ella, la comunicación, economía y cultura mundial está en constante movimiento, y -por qué no decirlo- de una u otra forma unifica a toda la humanidad. Por esto, los medios para propagar la información avanzan en el mundo tecnológico, lo cual requiere que las obras provenientes del intelecto humano tengan urgentemente una protección efectiva en el mundo jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, centraremos esta investigación en el estudio de las medidas cautelares aplicadas en la propiedad intelectual en materia de derechos de autor de obras cinematográficas, las cuales se han visto afectadas por el vertiginoso avance de la tecnología que permite, como lo mencionábamos, vulnerar de manera continua y -a veces casi imperceptible por las autoridades competentes- derechos patrimoniales y morales, desconocidos, en muchos casos, por las víctimas.

## **2. ¿SON EFICIENTES LAS MEDIDAS CAUTELARES CONSAGRADAS EN EL PROCESO PENAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN MATERIA DE OBRAS CINEMATOGRAFICAS EN COLOMBIA?**

Identificado el problema sobre la eficiencia de las medidas cautelares en el marco del proceso penal en materia de defensa de la propiedad intelectual de obras cinematográficas en Colombia, planteamos lo siguiente: estas medidas son ineficaces frente a las nuevas modalidades de defraudación tecnológica, pues les impiden a las víctimas obtener el debido restablecimiento de su derecho.

Las obras audiovisuales realizadas en cualquier medio de comunicación existente -en las que se encuentran las obras cinematográficas, su producción, realización, distribución, exhibición y difusión- son patrimonio de la humanidad. Ellas poseen derechos morales y patrimoniales que deben ser valorados, respetados y protegidos. En el ámbito nacional e internacional, se han perpetrado muchos esfuerzos, mediante la creación de distintas normas. En el caso colombiano, el derecho de autor es considerado *derecho fundamental*, en el Artículo 89 de la Constitución Política, Ley 23 de 1982, o *estatuto autoral colombiano* y la decisión 486 del acuerdo de Cartagena.

A pesar de ello, las medidas adoptadas han resultado ineficientes, pues, de acuerdo con la tesis planteada, la implementación de nuevas tecnologías son activadas mediante sistemas informáticos, definidos en el convenio de ciberdelincuencia de Budapest como: *“todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función o la de algunos de sus elementos, sea el tratamiento autorizado de datos en ejecución de un programa”*. En esta definición, se incluyen los dispositivos y los procesos de automatización implementados para el procesamiento de datos desarrollados por personas.<sup>10</sup> Podemos, entonces, decir que *el sistema informático es la interacción entre las personas y los sistemas de computación, con el fin de crear, procesar, alojar, proteger o gestionar una información determinada*.

El Instituto Nacional de Estándares de Tecnología del Departamento de Comercio de Estados Unidos define el intercambio de datos (EDI) así: *“el intercambio de ordenador a ordenador de mensajes que representan estrictamente los formatos de documentos distintos de las herramientas financieras”*<sup>11</sup>. La Ley 527 de 1999 (conocida como la Ley de Comercio Electrónico) considera dichos mensajes como: *“la información enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico y Datos (EDI), internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”*. Podemos inferir, entonces, que los mensajes de datos contenidos en el ciberespacio son susceptibles de cualquier medio de intercambio electrónico como internet, redes p2p, dispositivos de almacenamiento masivo (USB), servicios de almacenamiento en la nube; entre otros.

En el desarrollo de nuevas tecnologías y su universalización, el intercambio de información se ha convertido en la base, o fundamento, de cualquier actividad, sobre todo, la que se relaciona con el diseño de modelos de negociación, comercio general, recopilación y administración de los datos personales de cada individuo<sup>12</sup>. Este fácil acceso a la información es una efectiva herramienta para aquéllos que vulneran los derechos de autor. Tal es el caso de la Compañía Napster.com, creada por un joven universitario de la Universidad de Boston, Shawn Fanning, en la que es fácil el acceso y la creación de plataformas de difusión masiva en el ciberespacio, como el famoso programa p2p, que sigue siendo usado actualmente por muchas compañías, como LimeWire, Grokster, Ares, Kozoa, Utorrent, Bittorrent; donde usan ilegalmente las obras cinematográficas como mensaje de datos; pues ellas consideran que cualquier archivo digital, comunicado por medios electrónicos, es mensaje de datos. El intercambio de archivos p2p y la reproducción de películas en páginas web son también una

<sup>10</sup> CONVENIO DE CIBERDELINCUENCIA DE BUDAPEST, Capítulo I: Terminología, 23 de Noviembre de 2001, [En línea]; [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS\\_185\\_spanish.PDF](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_spanish.PDF).

<sup>11</sup> ELECTRONIC DATA INTERCHANGE (EDI), National Institute of Standards and Technology; Federal Information Processing Standards Publication 161-2. Numeral 3.1. 29 de abril de 1996. [En Línea] <http://www.itl.nist.gov/fipspubs/fip161-2.htm>

<sup>12</sup> PEÑA VALENZUELA, Daniel y BAZZANI MONTOLLA, Juan David. *Aspectos legales de la computación en la nube*. Universidad Externado de Colombia. p. 11.

herramienta inmediata para acceder a las últimas películas en cartelera y difundirlas casi en proporciones industriales, sin la autorización previa de los titulares de derechos de autor ni responsabilizarse por el pago de impuestos ni prestaciones sociales<sup>13</sup>.

Actualmente, estas modalidades de fraude se presentan más en el mundo virtual, con el uso la computación o almacenamiento en la nube. De esta manera, pequeñas, medianas y grandes empresas almacenan, procesan y crean información con softwares, plataformas o infraestructuras alquiladas por un tercer proveedor. Este modelo de prestación de servicios online ha adquirido gran relevancia: elemento distintivo de la nueva etapa de la red global, es decir, la Web 2.0. En los países desarrollados, el 60% de las empresas utiliza modelos de tipo Cloud; en América Latina, solo el 15% lo ha adoptado; de hecho, entre el año 2010 y 2011, su uso se ha incrementado cerca del 50%; se presupuesta que, en 3 años, la mayoría de las empresas tenga, al menos, el 25% de su información en la Nube. Esto quiere decir que la información circulará en los distintos sistemas informáticos rápidamente y en forma masiva, lo cual acrecentará el consumo de tecnologías de información (IT). En efecto, las compañías, en su estructura interna, desarrollan sus negocios buscando viabilidad, utilidad, rentabilidad; los cuales ofrecen, por ser herramientas eficientes y con muchos beneficios para las necesidades de cada negocio en particular<sup>14</sup>. Los términos “cloud”, o “nube”, se implementan para nombrar las redes digitales o empresariales, como internet, intranet, extranet, con capacidad de transmisión. Con el término “computing”, o “computación”, se hace referencia a los conceptos de informática, lógica de coordinación y almacenamiento. De ahí que se pueda inferir que la computación en la nube es *“el almacenamiento y procesamiento de información, con base en una lógica de coordinación en internet, permitida y habilitada por la informática y bajo las reglas de esta última”*<sup>15</sup>.

Para los escritores Daniel Peña Valenzuela y Juan David Bazzani Montoya:

*“la computación en la nube es un modelo de servicio computacional, que consiste en almacenar la información de una persona, compañía o corporación, en servidores externos controlados por terceros, quienes se encargan permanentemente del mantenimiento técnico, de la actualización de software y hardware, de conservar la disponibilidad de servicios de manera continua y encargándose de todos los costos que se deriven del mantenimiento de los servidores. Esto genera en consecuencia, que quien ha adquirido el servicio solo necesite una conexión a internet, un código de usuario y una contraseña, y pagar un canon correspondiente a la demanda del servicio”*<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> SANTOS, Andrea. *Amenaza a los derechos de autor*. En: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1628/52865587.pdf?sequence=1>.

<sup>14</sup> PEÑA VALENZUELA, Daniel y BAZZANI MONTOYA, Juan David. *Aspectos legales de la computación en la nube*, Universidad Externado de Colombia.

<sup>15</sup> *Ibíd.* p.15.

<sup>16</sup> *Ibíd.* p.19

Con estos servicios, se les ofrece a los usuarios varios tipos de infraestructuras, de acuerdo con sus necesidades. Por ejemplo: a) la privatización de la nube: el usuario determina la disponibilidad que esta tenga para terceros, con recursos propios de la empresa; b) el uso de la nube comunitaria: las compañías, con intereses similares, participan en el acceso y disponibilidad de ella, para reducir costos; c) las nubes públicas: su servicio permite -a personas ajenas a los propietarios- acceder a la información. El proveedor gestiona la infraestructura y recursos para que el público acceda a través de internet y las nubes híbridas, en las que se usan varias de las infraestructuras ya mencionadas. Se usan de manera conjunta y se mantienen como entidades separadas, unidas por una tecnología estándar que proporciona una portabilidad de datos y aplicaciones<sup>17</sup>.

Como podemos ver, el servicio de computación en la nube es una herramienta de fácil acceso. Por la calidad y cantidad de contenido que manejan las industrias del entretenimiento, para comercializar sus productos, es urgente que existan herramientas legales para controlar y proteger dicho contenido. A pesar de estar reguladas y existir instrumentos penales para la protección de los bienes jurídicos, con las nuevas tecnologías, como la computación de la nube -para las que la jurisprudencia y casuística no se han pronunciado contundentemente- terceros pueden abusar de sus servicios online. De este modo, la aplicación de las herramientas legales privadas autónomas pierden fortaleza, debido a la gran incertidumbre del carácter internacional de la Nube; así que resulta ineficaz dentro del proceso penal, porque:

Primero: La dificultad para acceder a los medios albergados en los metadatos, como los nombres de usuario, el dominio o las direcciones en internet, el tipo de archivos; entre otros. A pesar de que estos son, en la mayoría de los casos, únicos e irrepetibles, quien hace uso de ellos puede tener acceso a varios simultáneamente. También, pueden crear, en forma constante, nuevas plataformas que envían a otras -de manera casi imperceptible, o a veces infinita- pues se remiten entre sí. Todo esto hace más difícil determinar la acción llevada a cabo para la distribución, el plagio, la reproducción o la transformación de dichas obras. También es ineficaz el uso de las medidas cautelares, pues la intervención, la suspensión, el secuestro y el embargo pierden alcance por ser fuentes internacionales que se pueden ocultar en el mundo virtual; así, el sujeto activo y el bien jurídico tutelado se convierten en aspectos casi indeterminados.<sup>18</sup>

El desarrollo tecnológico, en el ciberespacio, permite ubicar, con facilidad, contenidos de obras cinematográficas, a través de las plataformas de los proveedores accesibles. Esto lo pueden hacer millones de internautas, sin tener un control previo de la titularidad de la obra. Lo cual demuestra que las medidas cautelares existentes en la legislación colombianas no son suficientes para buscar la protección de los derechos de los titulares.

---

<sup>17</sup>Ibíd. p.33-38

<sup>18</sup>Título II, capítulo III, artículo 92 al artículo 100 de la ley 906 de 2004, los criterios de aplicación (Art. 93 C.P.P) se remiten al código de procedimiento civil, Artículo 590, derogado por la Ley 1564 de 2012 en su Artículo 690.

Segundo: La falta de conocimiento, por parte de las autoridades de observancia, acerca de los avances tecnológicos y virtuales, usados actualmente para el fraude patrimonial de obras cinematográficas, no permite al ente acusador tener las competencias suficientes para valorar dicha conducta como antijurídica. Si bien es cierto que existen -en el proceso penal- herramientas formales que favorecen a la víctima para la protección de sus derechos, también es cierto que las autoridades omiten el efectivo uso de herramientas como el programa metodológico. Este programa facilita al fiscal solicitarle -a la policía judicial- que verifique la existencia o no de bienes sujetos a registro y todos los activos en cabeza de los imputados, procesados o condenados, respecto de los efectos futuros que tendrá la infracción. Así, el fiscal podrá determinar, oportunamente, las medidas cautelares que mitiguen el perjuicio causado al tutelar de derechos.

Tercero: A pesar de la existencia de agremiaciones y entes titulares de derechos de autor en Colombia, la falta de vinculación, por parte de los entes investigadores y los fiscales para hacer valer sus derechos en calidad de víctimas, hace ineficaz la tutela judicial efectiva y el amparo constitucional previsto para la propiedad intelectual. Además, en muchos casos, los titulares de derecho desconocen las formas en que sus obras están siendo plagiadas y el infractor va un paso adelante de las autoridades.

El Código Penal Colombiano tiene delitos tipificados contra los derechos de autor, en los Artículos 270 y 271, los cuales consagran modalidades tradicionales de fraude; pero, no son las únicas existentes, debido a los especiales desarrollos tecnológicos. Todo esto permite denotar que, en la legislación colombiana, resulta acertada la modificación del código penal, suscitada por la vigencia de la Ley 1273 de 2009, denominada “*de la protección de la información y de los datos*”. De esta manera, es posible amparar y preservar integralmente los sistemas que utilicen tecnologías de información y comunicación. Es decir, el nacimiento de un nuevo bien jurídico tutelado que ampara estas novedosas conductas delictivas.

Teniendo en cuenta lo anterior y las acciones respecto de la tipificación de delitos informáticos que se presentan en los derechos de autor, es posible formular las siguientes hipótesis, a partir de las cuales la propiedad intelectual de las obras cinematográficas se ve vulnerada por la acción antijurídica de quienes están interesados en desconocerla.

Primero: El acceso abusivo al sistema informático, regulado por el Artículo 269A de la Ley 1273 de 2009. Este tipifica la acción (ya común entre los cibernautas) de descargar videos o películas en formatos Flash (flv) en una página web, sin autorización, o accediendo de manera abusiva al contenido multimedia. Para ello, utilizan herramientas ofrecidas por empresas como Real Networks, llamado Real Downloader. Estas invaden el sistema informático implementado por portales como YouTube, que condicionan al usuario al uso de determinado contenido multimedio. Este abuso, a

partir de la creación variable de obras de software, se suele confundir con el uso adecuado de las Tecnologías de información y la comunicación (TIC), que fueron implementadas en nuestro país, mediante herramientas metodológicas y pedagógicas; lo cual transgrede los derechos de autor, tanto morales como patrimoniales.

Actualmente, por medio de servicios -como Netflix, Crakle, entre otros- se pueden descargar obras cinematográficas publicadas en internet de manera legal. Pero luego son fácilmente modificadas a otros formatos de video; así es como se desarrollan otros tipos de piratería, que no hacen visible la vulneración del derecho de autor hasta que el daño es evidente; por ejemplo, el uso de BTB para el traslado de obras cinematográficas. Esta modalidad consiste en remitir obras existentes en páginas alternas, aparentemente no autorizadas, a nuevos portales virtuales creados por el sujeto activo, quien no se hace responsable, argumentando que son del dominio público.

Segundo: La obstaculización ilegítima del sistema informático o red de telecomunicación e interceptación de datos informáticos; regulada por la Ley 1273 de 2009, en sus Artículos 269B y 269C, respectivamente. Se trata de servicios de televisión que ofrecen la opción de ver una película, luego de su lanzamiento en canales de PPV (Pague por Ver). Esto hace parte de la gestión de protección de derechos de autor en obras cinematográficas. Existen dispositivos -conocidos en el mercado, como Free To Air (FTA)- que traen instaladas aplicaciones para decodificar e interceptar los datos informáticos de los protegidos. A pesar de que el sistema informático original constantemente actualiza sus algoritmos de codificación, el software de descodificación (desarrollado por los delincuentes informáticos) realiza -a la par- su actualización. Por tanto, perseguir el medio y la acción es insuficiente, pues el elemento que se encarga de invadir los medios de protección adoptados está dentro del sistema informático, que se transfiere rápidamente por los mensajes de datos en el ciberespacio.

Tercero: El hurto de medios informáticos (Artículo 269I) y la transferencia no consentida de activos (Artículo 269J, de la Ley 1273 de 2009) son acciones que, sumadas a la debilidad de las entidades de control de la propiedad intelectual, facilitan la ejecución de este tipo de conductas antijurídicas. Se manifiesta cuando el sujeto activo transfiere, con fines de venta, obras cinematográficas por cualquier tipo de medio, digital o análogo. Estas conductas solo pueden ser determinadas de manera eficaz, mediante la incautación de equipos de cómputo con programas P2P instalados, o mensajes de datos en los que se logre comprobar que hacen parte de un sitio en internet y que han sido reproducidos en unidades de almacenamiento masivo (USB), CD, DVD u otros, para ser comercializados.

Teniendo en cuenta lo anterior, es urgente hacer uso de herramientas de interpretación sistemática, para superar la ineficaz protección de las medidas penales que protegen la propiedad intelectual. Esta propuesta hermenéutica implica revisar las novísimas

medidas cautelares, llamadas innominadas, contenidas en el Código General del Proceso en Colombia, que busca la protección efectiva, oportuna, flexible y dinámica de las partes. Estas medidas, reguladas por el Artículo 590 del mencionado código, permiten -a las partes en litigio- solicitar medidas cautelares ajustadas a cada caso concreto, para la protección efectiva de sus intereses y los de la parte sobre la que recaen dichas medidas. Así, es posible tener medidas cautelares más eficaces dentro del proceso judicial. En cuanto a las obras cinematográficas, los titulares de derecho podrán evitar sentencias desproporcionadas, o excesivas, que no tengan efecto práctico. Existen otras medidas cautelares efectivas para la propiedad intelectual en derechos de autor en materia de obras cinematográficas, como las siguientes:

- La Fiscalía debe, en su actividad investigativa, solicitar al Juez de Control de Garantías el decreto de medidas cautelares; concretamente, solicitar que se bajen los contenidos de obras cinematográficas hospedadas de manera ilegal en distintos portales de internet. Tal y como existe en la legislación norteamericana DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT "DMCA" 1998, Procedimiento implementado para la notificación del Acta Digital del Milenio para los Derechos de Autor<sup>19</sup>.
- Que se incorpore, en el programa metodológico utilizado por la fiscalía, la búsqueda de bienes y equipos informáticos que contengan los mensajes de datos para el aseguramiento efectivo de los derechos de autor contenidos en los sistemas informáticos. Puesto que, en muchos casos, son fácilmente eliminados por los hacker, por medio de acciones sistemáticas, en las que el mismo sistema se formatea o envía a otras plataformas virtuales la información contenida, con la que se realiza el fraude.
- Solicitar la cancelación del dominio y prohibición de uno nuevo, teniendo en cuenta las entidades de control encargadas de realizar el seguimiento de los sistemas informáticos, mediante los cuales se remiten los mensajes de datos a los distintos portales.

### 3. CONCLUSIONES

- Este estudio sobre legislación internacional, nos permitió identificar que solo en países como Estados Unidos y Francia tienen métodos para proteger a los titulares de los derechos de manera anticipada, cuando se hospedan contenidos sin su autorización en la red. Esto conduce inequívocamente a concluir que existen países como Rusia, Finlandia, Noruega y los latinoamericanos (por solo mencionar algunos), que carecen de todo tipo de reglamentación legal. En otras palabras, países propicios para la piratería, no solo de obras cinematográficas, sino también de toda creación u obra del intelecto humano que se alberga en sistemas informáticos online, software, música, libros, etc.

---

<sup>19</sup> THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998, U.S. Copyright Office Summary.



- Debido a que las autoridades de investigación no realizan los protocolos pertinentes para la inclusión de las víctimas en el proceso penal, estas se convierten en sujetos pasivos ajenos y ausentes. Así, se genera un incremento en la piratería a través diferentes medios tecnológicos.
- Las entidades de control, encargadas de realizar el seguimiento y protección de la propiedad intelectual, no tienen las herramientas suficientes para controlar ni tutelar de manera efectiva los derechos consagrados constitucionalmente respecto de las nuevas tecnologías implementadas en el ciberespacio. Se ha demostrado que quien vulnera el bien jurídico tutelado -alojando los contenidos en los sitios dispuestos por los proveedores de internet, sin determinar si provienen o no de su titular- se limita a firmar (mediante la aceptación) las cláusulas de exoneración de responsabilidad actualmente existentes. Dichas cláusulas son ineficaces, por cuanto se limitan a proteger la integridad de la información y su conservación en la nube; pero no establecen un seguro control de la procedencia y titularidad de las obras hospedadas en los portales.
- Las autoridades deben adoptar medidas que fortalezcan la política criminal aplicada a estas modalidades delictuales y desarrollar las herramientas pertinentes para actualizar y capacitar constantemente los organismos de observancia competentes.

#### **4. PROPUESTAS**

Como semillero, basándonos en el estudio sobre las medidas cautelares adoptadas para la protección de los derechos de autor, se plantean las siguientes propuestas:

##### **Desde las herramientas jurídicas:**

- Colombia debe promover protocolos internacionales, e incorporarse a convenios internacionales ya existentes, los cuales protegen, de manera transfronteriza, a los titulares de los derechos de autor, aplicando medidas cautelares, para evitar el ejercicio ilegítimo de los contenidos en el ciberespacio.
- Promover protocolos internacionales, que se adhieran a los ya existentes, y se promulguen leyes en el derecho interno. Para que los proveedores de internet respondan por los contenidos ilícitos que hospedan indiscriminadamente a través de la implementación de herramientas informáticas.

##### **Desde la óptica académica:**

- Creación de manuales de propiedad intelectual en todas las universidades, en los que se establezcan reglas para el adecuado uso de las nuevas tecnologías.
- Creación e implementación de cátedras optativas o electivas -en pregrado y postgrado- para el aprendizaje sobre la protección de la propiedad intelectual en las universidades.
- Incorporación de la cátedra de propiedad intelectual en las escuelas de formación de la Fiscalía, Procuraduría, Defensoría, Rama Jurisdiccional, Escuela de Formación Criminalística de la Policía Nacional y demás autoridades de observancia.

## REFERENCIAS

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el marco de la Propiedad Intelectual. El Desafío de las Nuevas Tecnologías. ¿Adaptación o cambio?* Curso de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Quito. 1995. Citado por: VEGA JARAMILLO, Unidad Administrativa Especial Ministerio del Interior y de Justicia. Bogotá-Colombia. 2010.

CASTRO GUERRERO, Arturo; CONTRERAS RESTREPO, Gustavo y TAFUR GONZALEZ, Álvaro. Código Civil Comentado. Bogotá-Colombia: Editorial Leyer. 2008.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá-Colombia: Editorial Panamericana. 2005.

CONVENIO DE CIBERDELINCUENCIA DE BUDAPEST, Capítulo I: Terminología, 23 de Noviembre de 2001, [En línea]; [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS\\_185\\_spanish.PDF](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_spanish.PDF).

Convenio de la OMPI, por el que se estableció la Organización en 1967. De: <http://www.wipo.int/about-wipo/es/index.html>.

ELECTRONIC DATA INTERCHANGE (EDI), National Institute of Standards and Technology; Federal Information Processing Standards Publication 161-2. Numeral 3.1. 29 de abril de 1996. [En Línea] <http://www.itl.nist.gov/fipspubs/fip161-2.htm>.

FE SILVA, Jorge. TEMIS., Medidas cautelares en el código General del Proceso. ABD del Derecho De Autor. UNESCO

Génesis y Evolución del Derecho de Autor. Dirección nacional de derecho de autor  
Ministerio de Gobierno.

GÓMEZ GUTIÉRREZ, Herman. Medidas cautelares en el derecho de autor.

Legislación vigente jurisprudencia y doctrina y derechos de autor. Organización Sayco  
Asimbro.

LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ediciones Unesco/  
Cerlalc/Zavalía. 1993.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala,  
C.A.: Datascan S.A.

PACHÓN MUÑOZ, Manual de propiedad. Editorial Temis, Bogotá-Colombia.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Medidas Cautelares en el código general del proceso*.  
Bogotá: Editorial Temis. 2010.

PEÑA VALENZUELA, Daniel y BAZZANI MONTOYA, Juan David. *Aspectos  
legales de la computación en la nube*. Universidad externado de Colombia.

PROAÑO MAÑA. El derecho de autor un derecho universal. Editorial. Centro  
colombiano derecho de autor.

SANTOS, Andrea. Amenaza a los derechos de autor,  
De: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1628/52865587.pdf?sequence=1>

THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998, U.S. Copyright  
Office Summary.

Título II, capítulo III, Artículo 92 al artículo 100 de la ley 906 de 2004, los criterios de  
aplicación (art. 93 C.P.P) se remiten al código de procedimiento civil artículo 590,  
derogado por la ley 1564 de 2012 en su Artículo 690.

VEGA JARAMILLO, Alfredo. Manual de Derecho de Autor. Dirección Nacional de  
Derecho de Autor Unidad Administrativa Especial Ministerio del Interior y de  
Justicia. Bogotá-Colombia. 2010.



EL JUEZ DE APOYO COLOMBIANO EN MATERIA DE MEDIDAS  
CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO ARBITRAL  
INTERNACIONAL \*

Semillero de Derecho Procesal de la  
Pontificia Universidad Javeriana Cali\*\*

*Ana Lucia Arias Medina<sup>I</sup>, Felipe Eduardo García Guevara<sup>II</sup>,  
Paola Stephania Guevara Arcila<sup>III</sup>, Iván Mauricio Guzmán Rojas<sup>IV</sup>,  
Lorena Hernández Agudelo<sup>V</sup>, Lina Marcela Montoya Saavedra<sup>VI</sup>,  
Sebastián Niño Viveros<sup>VII</sup>, Marcela Ocoró Gómez<sup>VIII</sup>,  
Gustavo Perea<sup>IX</sup>, Jaime Ramírez Cobo<sup>X</sup>.*

*Director: Fernando Aníbal Aragón<sup>XI</sup>*

**RESUMEN**

La figura de la medida cautelar innominada en el Proceso Arbitral Internacional responde a la esencia del mismo; esto es, auto-diseñarse para resolver la disputa del particular que invocó su aplicación. Así pues, se observa que los reglamentos

\* Artículo inédito. Recibido 25 de febrero de 2015 – Aprobado el 7 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 Pontificia Universidad Javeriana Cali.

<sup>I</sup> Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

<sup>II</sup> Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

<sup>III</sup> Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

<sup>IV</sup> Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

<sup>V</sup> Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

<sup>VI</sup> Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

<sup>VII</sup> Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

<sup>VIII</sup> Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

<sup>IX</sup> Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

<sup>X</sup> Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

<sup>XI</sup> Director del Semillero de Derecho Procesal y docente de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

de las diferentes instituciones arbitrales y las normas nacionales que regulan la materia, otorgan amplia facultad al tribunal arbitral para estimar las medidas cautelares que consideren pertinentes para asegurar el proceso y su resultado, a menos que las partes en su acuerdo arbitral hayan estipulado cosa distinta. Las nuevas tendencias regulatorias en Arbitraje Internacional han generado que aproximadamente más de 30 Estados hayan adoptado normas pro-arbitraje, entre ellos Colombia, al inspirar su nueva legislación arbitral en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI aprobada en 1985 con las enmiendas de 2006; donde se sustituye el rol interventor por el facilitador o de apoyo del aparato judicial estatal por el papel facilitador o de apoyo para permitir el pleno desarrollo del proceso Arbitral Internacional. Una manifestación de ello, es precisamente en materia de medidas cautelares innominadas. Ahora, el juez nacional de apoyo no sólo podrá ordenar medidas cautelares innominadas antes o durante el desarrollo de un procedimiento Arbitral Internacional, sino que está obligado a reconocer y ejecutar sin trámite adicional alguno las que el tribunal arbitral ordene conforme a las normas aplicables al proceso, pues ellas son en sí mismas vinculantes.

**Palabras claves:** Arbitraje internacional, reconocimiento y ejecución de medidas cautelares innominadas, juez de apoyo, arbitrabilidad, orden público internacional.

#### ABSTRACT

The innominate injunction in the International Arbitration Process responds to its very essence; it is, self-designing to solve the dispute that originated it. Therefore, different arbitration institutions and national laws that regulate arbitration grant a great scope to an arbitration court to estimate which are the correct injunctions to secure the process and its expected results, unless the parties have agreed differently. The new regulatory trends for International Arbitration made more than thirty states to adopt pro-arbitration types of law, between those there is Colombia, that adopted its arbitration law from the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 and amendments as adopted in 2006 where the intervening role was replaced by the facilitating or back-up role from the judicial power to allow full development of the International Arbitration Process, and a great display of this transition can be seen in the innominate injunctions regulation. Now, a national backup judge can not only order innominate injunctions before or during an International Arbitration Process, but it is also compelled to enforce with no additional red tape the ones that the arbitration court order according to the process applicable law, as it is binding to it.

**Key words:** International arbitration, recognition and enforcement of innominate injunctions, back up judge, arbitrability.

## 1. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

### 1.1. Definición de arbitraje

Los diversos intentos para definir el arbitraje, tanto por leyes nacionales, doctrinantes y decisiones judiciales nacionales, evidencian el entendimiento general y la esencia del arbitraje en sí mismo<sup>1</sup>. Es así como el arbitraje se ha entendido como un instrumento a través del cual la solución de una cuestión de interés de dos o más personas es confiada a uno o más árbitros, quienes derivan sus poderes y jurisdicción del acuerdo entre las partes – no de las autoridades de un Estado- y se someten a seguir los procedimientos y decidir con base a ese mismo acuerdo o las leyes que refiera.

El arbitraje es un mecanismo dinámico de resolución de controversias, cuya concepción varía dependiendo de la ley nacional y la práctica internacional, por lo que recurrir a una definición final es improcedente en la materia<sup>2</sup>. Sin embargo, existen una serie de características notables y comunes a todos los sistemas jurídicos, ellas son:

- i) *Alternativo a las cortes nacionales:* El arbitraje no es un procedimiento nacional para los tribunales o cortes nacionales. Cuando las partes acuerdan someter su disputa al proceso arbitral, renuncian a su relación con las cortes nacionales.<sup>3</sup>
- ii) *De origen privado:* De igual manera que los contratos son una cuestión privada entre las partes, el pacto arbitral también lo es. De este modo, cuando una controversia surge, ésta debe ser resuelta en el sistema privado de resolución de conflictos convenido por las partes, con sujeción a lo ahí señalado o en las leyes.
- iii) *Seleccionado y controlado por las partes:* La autonomía de la voluntad privada es el principio fundamental del arbitraje en cuanto a su forma, estructura, sistema y todos los detalles que lo rodean, sólo cuando hay silencio en aspectos procesales, las normas nacionales o reglamentos institucionales llenarán los vacíos.
- iv) *Determinación final y vinculante para las partes:* el mandato de los árbitros es resolver la controversia de manera final, con el pacto arbitral no sólo se reconoce el mecanismo de solución, sino que se acepta y se da efecto a la decisión que surja de dicho procedimiento.

Existen diferentes tipos y formas de arbitraje, en cada caso es necesario que las partes dentro de su acuerdo arbitral señalen de manera inequívoca la clase de arbitraje que desean se lleve a cabo, para la resolución de su controversia: “*existen dos formas*

<sup>1</sup>D. M, Lew QC, Julian; Mistelis, Louckas A. & Kröll Stefan M. “*Comparative International Commercial Arbitration*”. Kluwer Law International. The Hague/London/New York. 2003. P. 2.

<sup>2</sup> Idem. P. 3.

<sup>3</sup> *Supra* Nota (2). P. 4.

*básicas de arbitraje: ad hoc e institucional*<sup>4</sup>. El primero hace referencia al tipo de arbitraje y procedimiento que se diseña única y exclusivamente para ese acuerdo o disputa, las partes deben señalar todas las particularidades del proceso; y la segunda, es aquella donde se somete el proceso a la administración de una institución u organización pre-existente.

## 1.2. Evolución del Arbitraje Internacional

Algunos autores sostienen que el “*arbitraje es el método para la solución pacífica de disputas internacionales más antiguo*”. Sus orígenes se remontan, además de la mitología griega y egipcia, a la antigüedad (año 3.000 a.C. – siglo V d.C.), en donde se utilizaba como mecanismo pacífico de solución de disputas entre Estados y entidades similares a Estados. El primer caso registrado es *Lagash Vs. Umma*, el cual, aparentemente fue solucionado en el año 2550 a.C. por el Rey Mesilim de Kish<sup>6</sup>, en este asunto él ordenó a una de las ciudades devolver a la otra el territorio tomado por la fuerza. En el mundo Helénico se utilizó el arbitraje por más de 500 años<sup>7</sup>, esto generó la inclusión de cláusulas arbitrales en los tratados interestatales, en los que se preveían formas especiales de arbitraje para la resolución de disputas futuras que pudiesen ocurrir bajo el tratado<sup>8</sup>, así como la redacción de compromisos relativos a conflictos interestatales existentes.

Después del declive en la Roma tardía, fue durante la Edad Media que el arbitraje internacional como práctica entre ciudades o entidades similares a Estados, retomó su aplicación: “*el arbitraje internacional existía en gran escala (...) dadas las constantes disputas que surgían en los tiempos de guerra que fueron frecuentemente terminados por algún tipo de arbitraje*”, ello acarrió un aumento en la cantidad de decisiones arbitrales y la implementación o prevalencia de la “*clause compromissoire*” en las relaciones entre Estados. Lo anterior, no obstante la no tan clara distinción entre jueces, mediadores ni amigables componedores, generó para el proceso arbitral que hoy conocemos, unas particularidades que refuerzan su utilidad para la pronta resolución de las disputas y la activa participación de las partes en el proceso.

Ha de observarse la connotación de Derecho Internacional Público del Arbitraje Internacional durante la Edad Media, era un mecanismo reservado para las disputas interestatales. Por su parte, el Arbitraje Comercial Internacional se ha denominado por muchos como un fenómeno reciente “*al ser un mecanismo tecnocrático de solución de*

<sup>4</sup> Véase, Aksen. “*Ad Hoc versus Institutional Arbitration*”. ICC Bulletin 8. 1991. 2(1)

<sup>5</sup> STUYT, A. “*Survey of International Arbitrations 1794-1989*”. 3ra Edición. 1990. VII.

<sup>6</sup> WILNER, G. “*Domke on Commercial Arbitration*”. 3ra Edición. Actualizado 2006. 2:01

<sup>7</sup> FRASER, A. “*A sketch of the History of International Arbitration*”. 11 Cornell L.Q. 1925-1926. Pp. 179, 188.

<sup>8</sup> RALSTON, J. “*International Arbitration from Athens to Locarno*”. 1929. Pp. 161-162

<sup>9</sup> *Supra* Nota (3) 190-91; Véase también, Tratado de Alianza entre Génova y Venecia 1235 sobre arbitraje para futuras disputas, Convención Arbitral entre Suecia y Dinamarca para cualquier disputa seria de 1343, Tratado de Paz Perpetua entre Inglaterra y Francia de 1516 (citado en RALSTON J. “*International Arbitration from Athens to Locarno*”. 1929. Pp 177-78).



*disputas dotado de un conjunto particular de reglas y doctrinas*<sup>10</sup> resultado de un récord histórico que resalta su larga tradición en materia mercantil y negocios privados internacionales.

Durante la Edad Media en Europa, -gracias al desarrollo del comercio local y regional, el nacimiento de las *guildas*, ferias mercantiles y otras formas de asociaciones gremiales- una amplia variedad de formas de arbitraje fue utilizada para resolver las disputas de Derecho Privado que surgían con ocasión a ello<sup>11</sup>. En ese sentido, resalta Feldestein que el comercio “*encontró en el arbitraje el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones, la justicia y el monarca llenas de laberintos procesales fue dejada de lado por los nuevos mercaderes*”<sup>12</sup>. Así pues, dada la existencia de disputas *internacionales* entre particulares en el marco del comercio, el arbitraje representó, el mecanismo de resolución de conflictos preferido, entre otras razones, por brindar una alternativa especializada y expedita, sin obstáculos en materia de reconocimiento y ejecución<sup>13</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el Arbitraje Comercial Internacional se enfrentó y sigue enfrentándose a retos recurrentes, en su mayoría de índole política y, proveniente de la desconfianza judicial, los cuales se han logrado superar por los beneficios tangibles del proceso arbitral en asuntos comerciales y su aceptación por entidades gubernamentales. Estos problemas esencialmente se manifiestan en el campo del reconocimiento y ejecución del pacto y el laudo arbitral<sup>14</sup>.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es necesario precisar dos cuestiones: la primera, el carácter internacional del arbitraje, y la segunda, el carácter comercial del Arbitraje Internacional, los cuales son dos términos sustancialmente distintos y relevantes para el desarrollo de nuestra investigación y la exposición de los planteamientos desarrollados entorno a las medidas cautelares innominadas bajo el marco del proceso arbitral internacional colombiano.

*i) Carácter Internacional del Arbitraje*

Existen diversos criterios para determinar la internacionalidad del arbitraje. Ellos han sido condensados en la Ley Modelo de la CNUDMI en su artículo 1(3) (a), los cuales se han acuñado en la legislación colombiana como se verá más adelante. *(i) Las partes al momento de suscribir el acuerdo arbitral tenían el asiento principal de sus negocios en*

<sup>10</sup> SHALAKANY. “*Arbitration and the Third World: A Plan for Reassessing Bias under the Specter of Neo-Liberalism*”. 41 Harvard International. 2000. Pp. 419, 430.

<sup>11</sup> BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. “CHAPTER 1. Introduction to International Arbitration”. Publisher Kluwer Law International. 2012.

<sup>12</sup> VILLALBA Cuellar, Juan Carlos & MOSCOSO Valderrama, Rodrigo Andrés. [En Línea] “*Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje*”. Prolegómenos. Derecho y Valores, Vol. XI. Núm. 22. julio-diciembre, 2008- Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Universidad Militar Nueva Granada- Colombia. Pág. 143. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf> el 30 de mayo de 2014

<sup>13</sup> TUCKER, S. “*Blackstone’s Commentaries on the Laws of England*”. Vol. 3. Numb. 33. (Citado en Wolaver. “*The Historical Background of Commercial Arbitration*”. U. Pa. I. Rev. 132. 1934-1935. Pág. 83.

<sup>14</sup> *Supra* Nota (7). Pág. 15.

*Estados distintos; (ii) cuando el lugar de ejecución de la parte sustancial del contrato o el lugar que tiene mayor conexión con el asunto de la controversia está ubicado por fuera de los Estados en donde las partes tienen el asiento principal de sus negocios y, (iii) el asunto de la controversia afecta los intereses del comercio internacional<sup>15</sup>.*

Esto implica que distintos escenarios pueden cobijarse bajo las bondades del Arbitraje Internacional donde la nacionalidad, la sede, ni las normas aplicables inciden en su connotación. Por ejemplo, puede celebrarse un Arbitraje Internacional en un Estado por dos nacionales del mismo, siempre y cuando se cumplan con cualquiera de los criterios señalados; o podrá ser considerado doméstico inclusive cuando las partes son extranjeras pero no cumplen con dichos elementos citados.

### *ii) Carácter Comercial del Arbitraje Internacional*

En este punto, la Convención de Nueva York de 1958 ha implementado un estándar de apertura y reconocimiento de la soberanía a los Estados en donde se reconozca la legitimidad del Arbitraje Comercial Internacional<sup>16</sup>. Es de este modo, que no existe una definición convencional ni jurisprudencial o legalmente uniforme de este término, y se les permite a los Estados Contratantes de la CNY hacer reservas en cuanto a su definición.

Una manifestación de ello es lo señalado por la Alta Corte de India en el caso *Investment & Trading Co pvt. Ltd. V. Boeing Company* de 1994, con relación a la consideración o no de las actividades de consultoría sostenidas por la compañía como una transacción comercial como tal; respecto a ello el Tribunal decidió que la “*expresión comercial debía tenerse en su mayor amplitud teniendo en cuenta la cantidad de actividades que se integran en el comercio internacional contemporáneo*”<sup>17</sup>.

En razón a ello, la Ley Modelo de la CNUDMI en la nota al pie 2 del artículo 1(1) expresa que “*debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera*”.

<sup>15</sup> COLOMBIA. Congreso de la Republica. Ley 1563 de 2012. Artículo 62.

<sup>16</sup> *Supra* Nota (1). “Chapter 26. Recognition and enforcement of Awards”. P 703

<sup>17</sup> INDIA. Caso *RM Investment & Trading Co Pct. Ltd V. Boeing Company*. Decisión del 10 de febrero de 1994. Citado en *Supreme Court Journal* 657. 1997. Citado en *Supra* Nota (1). “Chapter 26. Recognition and enforcement of Awards”. P 703.

En otros términos, el Arbitraje Internacional ha sido aceptado por siglos dentro del mundo comercial como el apropiado para la resolución de las disputas comerciales internacionales propiamente dichas. Las normas nacionales se habían quedado rezagadas en el intento de regular esta cuestión, y existía una alta intervención de las cortes nacionales dentro de los procesos arbitrales, especialmente en los siglos XIX y XX, donde aún era considerado como una *erosión de la jurisdicción de las Cortes nacionales*<sup>18</sup>, el arbitraje se veía como un rival. El desarrollo de las normas nacionales regulatorias del Arbitraje Comercial Internacional se evidenció posteriormente en distintos sistemas legales<sup>19</sup>. Los primeros Estados en hacerlo fueron Inglaterra en 1698, en Francia dentro del Código de Procedimiento Civil en 1806, en Estados Unidos en la Ley Federal de Arbitraje en 1925.

### 1.3. Arbitraje Comercial Internacional en Colombia.

Después de diversos intentos fallidos<sup>20</sup>, el día 12 de julio de 2012 el Congreso colombiano expidió un nuevo estatuto de arbitraje nacional e internacional bajo la Ley 1563 de 2012 inspirado *parcialmente* en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI enmendada en el 2006, el cual entró a regir a partir del 12 de octubre de 2012. En este estatuto el Estado colombiano, además de sostener las regulaciones anteriores relativas al arbitraje<sup>21</sup> doméstico, remodeló el engranaje nacional, en aplicación de las nuevas tendencias internacionales en materia de arbitraje transnacional<sup>22</sup>.

En lo relativo a las medidas provisionales y conservatorias o cautelares, objeto de nuestra investigación, la Ley colombiana faculta al tribunal arbitral a ordenar cualquier medida que considere necesaria a menos que las partes hayan determinado otra cosa, como se explicará en el siguiente capítulo. En este punto “*quizás una de las cuestiones más importantes, es que el estatuto permite a las autoridades domésticas ordenar medidas conservatorias y provisionales antes y durante el procedimiento arbitral*”<sup>23</sup>. Lo anterior implica que es posible que las medidas cautelares ordenadas por el juez nacional entren en conflicto con las medidas ordenadas por el tribunal arbitral (Ej. “*el tribunal arbitral podría haber ordenado el embargo de los fondos que el demandado*

<sup>18</sup> *Supra* Nota (1). “Chapter 2. Regulatory Framework for Arbitration” P 18.

<sup>19</sup> Véase, ROEBUCK. “A Short History of Arbitration”, en Kaplan, “Hong Kong and China Arbitration” Pág. xxxiii-Lxv; “The Myth of Judicial Jealousy”. Arb. Int. 395. 1994; ROEBUCK. “Sources for the history of Arbitration”. 14 Arb. Int. 237. 1998. Robert. “L’Arbitrage”. 4-6. GAILLARD, Emmanuel & SAVAGE, John. “Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration”. Párr. 131-135; MONNIER, “Le role de la Suisse dans l’histoire de l’arbitrage de droit international public”. Recueil de Travaux Suisses sur l’arbitrage International. P 3-14; BOUCHER. “Arbitrage International en Suisse”. 18-21. BOUCHER & TSCHANZ, *International Arbitration in Switzerland*. 20-25 (citado en *Supra* Nota (1). P 19.

<sup>20</sup> GAVIRIA, Juan Antonio. “The New Colombian Legal Rules on International Arbitration”. *The Arbitration Brief*. Vol. 3 Issue 1. American University Washington College of Law. Washington D.C. 2013. P. 65.

<sup>22</sup> MANTILLA, Fernando. [En Línea] “El anteproyecto de la ley de arbitraje: entre el Dr. Jekyll y Mr. Hide”. *Ámbito Jurídico*. Jul. 26, 2011. Bogotá D.C.

<sup>23</sup> *Supra* Nota (21) P. 77

*tiene, mientras que el juez ordena lo contrario”)*<sup>24</sup> y así mismo, faculta al juez nacional a desestimar la práctica de las medidas cautelares ordenadas por el tribunal a solicitud de parte o de oficio bajo los escenarios que se estudiarán en el capítulo precedente.

Este es precisamente el asunto que será analizado en el presente trabajo, el verdadero rol del juez de apoyo bajo el nuevo estatuto de arbitraje internacional colombiano en materia de medidas cautelares innominadas y las implicaciones que ello acarrea en distintos escenarios hipotéticos.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA Y SU FUERZA VINCULANTE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En el derecho procesal se han distinguido dos clases de providencias: las providencias de fondo o definitivas y las demás que se adoptan para darle impulso al proceso. Las medidas cautelares se ubican en esta última categoría por ser temporales, procedentes cuando existe un interés jurídico que legitime su solicitud o decreto; exista la amenaza de un daño jurídico y una demora en la adopción de la providencia definitiva.<sup>25</sup>

Piero Calamandrei ha señalado que las medidas cautelares deben considerarse como una anticipación provisional de ciertos efectos de la providencia definitiva, cuyas consecuencias están encaminadas a prevenir el daño que podría derivar del retardo del fallo<sup>26</sup>. Así pues, el carácter provisorio de la institución cautelar se refiere a la limitación en el tiempo de sus efectos, y el carácter preventivo, a los efectos *a priori* de su dictamen para evitar el daño que podría derivar en la lesión de un derecho frente al cual existe una amenaza que no se ha consumado.

La anterior definición llevaría a pensar que la medida cautelar responde a un modelo de sentencia anticipada, para lo que nos interesa, un laudo anticipado; sin embargo, debido a que en el decreto de la medida no se están resolviendo situaciones jurídicas de fondo, sino, evitando la consumación del daño temido, la adopción de este tipo de medidas no prejuzgan ni determinan la responsabilidad de alguna de las partes, de lo contrario configuran una institución autónoma<sup>27</sup> cuyo fin último es conciliar dos necesidades procesales: la primera, resolver las cosas en un tiempo prudente, y la segunda resolver las cosas en debida forma. Este planteamiento ha sido sostenido por Augusto Mario Morello y Enrique Vécovi de la siguiente manera: “*Así pues, la*

<sup>24</sup> Véase, Caso *McCreary & Tire & Rubber Co. V. CEAT S.p.A.* 501 F.2D. 1032, 1038. 3er Circuito. 1974; (citados en *Supra* NOTA (21) P.77.

<sup>25</sup> MORELLO, Augusto Mario; VESCOVI, Enrique. *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares*. Capítulo IV. Véase en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf> Visto: 27/06/2014.

<sup>26</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos*. Uruguay. Editorial Jurídica E. Esteva. 1996. Pp. 199-200.

<sup>27</sup> GUGGENHEIM, Paul. *Les Mesures Conservatoires Dans La Procédure Arbitrale et Judiciaire*. L'Académie de Droit international. Cuarta Colección. Tomo II. Paris. 1932. Libr. Rec. Sirey. Pp. 174- 186- 188- 188 - 14-15.

*función de las providencias cautelares nacen de la relación que se establece entre estos dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso (...) para crear sin retardo una providencia definitiva*<sup>28</sup>.

En este orden de ideas, el interés específico que promueve o justifica el decreto de medidas cautelares en cualquier modalidad, es el *periculum in mora*, el cual se ha entendido como el interés suficiente para invocar la protección de un derecho por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible. De esta manera, en lugar de funcionar con una finalidad *a posteriori* de eliminar el daño producido, funciona con un propósito *ex ante* toda vez que el peligro en la demora radica en la amenaza no realizada. Tal como lo definió la Corte Constitucional colombiana, en sentencia T-412 de 1992: “*se amenaza un derecho cuando ese mismo bien jurídico sin ser destruido es puesto en trance de sufrir mengua*”<sup>29</sup>.

Esta argumentación nos lleva a señalar dos cuestiones: primero, las medidas cautelares deben ser dictadas sin retraso, so pena de anular los efectos tanto de sí mismas como los de la decisión de fondo; y segundo, deben practicarse de igual manera con las mayores garantías de justicia.

En dicho sentido, Eduardo J. Couture, ha determinado cuatro criterios para definir las medidas cautelares en procesos internacionales en consonancia con las finalidades de la misma anteriormente señaladas. Estos son: (i) *Nacen con la ocasión del proceso*; (ii) *Acceden al proceso*; (iii) *Subsisten mientras permanece la razón que las justificó*; (iv) *Cesan cuando desaparece dicha razón*.

En materia de arbitraje se ha señalado que por la brevedad de los procesos, resulta innecesaria la adopción de Medidas Cautelares puesto que nunca se evidenciaría el *periculum in mora* discutido en este escrito. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que aquella parte que prevé que el laudo no va a resultarle favorable implementa todos los mecanismos para dificultar, entorpecer y dilatar el arbitraje, inclusive imposibilitar la ejecución del laudo<sup>30</sup>.

Es por esta razón que las instituciones arbitrales internacionales han acogido en sus reglamentos la posibilidad de adoptar medidas cautelares como se observa en el artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC); artículo 25 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA); artículo 26 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional; artículos 17, 17.A de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, modificado en el 2006; artículo 6 del Convenio de Ginebra de 1961 sobre el Arbitraje Comercial Internacional Europeo; artículo 2.3 del Convenio de Nueva York;

<sup>28</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Citado por: Morello, Augusto Mario & Vescovi, Enrique. “*Medidas Provisionales y Medidas Cautelares*”. Capítulo IV.

<sup>29</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Tutela T-412. Junio 17 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-875.

<sup>30</sup> GARCIMARTÍN, Alférez. *El Régimen de las medidas cautelares en el Comercio Internacional*. Editorial: McGraw-Hill. Madrid. 1996. p. 186.

y artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

Así mismo, legislaciones como la colombiana reconocen expresamente la procedibilidad de la institución cautelar en el Capítulo V de la Ley 1563 del 2012; en implementación de los mismos criterios señalados en el Capítulo IV A, Sección Primera de la Ley Modelo de la CNUDMI, que de manera armónica determinan que *“Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal decretada en forma o no de laudo, por la que en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia ordene a una de las partes que: (...)*”<sup>31</sup>(subrayado fuera de texto).

Esta exposición además de demostrar la necesidad de adoptar medidas cautelares en los procesos arbitrales internacionales, permite identificar a partir del estudio de las normas citadas tres criterios que supeditan su aplicación: (i) que el procedimiento arbitral concede igual protección a las partes que la vía jurisdiccional; (ii) la práctica internacional como fuente de derecho internacional<sup>32</sup> corrobora la aplicación de medidas cautelares por parte de tribunales arbitrales internacionales para garantizar la efectividad de los laudos; (iii) si el fundamento del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes, no puede existir impedimento a la ejecución de las medidas que ellas voluntariamente hayan solicitado o atribuido competencia al tribunal para determinarlas.

Es cierto entonces que se le ha reconocido a las medidas cautelares ordenadas válidamente por un tribunal arbitral internacional un carácter vinculante, sin importar el Estado donde hayan sido ordenadas, la nacionalidad de las partes, ni tampoco su tipo o denominación, pues como lo señala Jairo Parra Quijano, si bien se trata de aquellas que no están previstas expresamente por un legislador, su aplicación es razonable y, además necesaria para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la mismo; en consonancia a lo dispuesto en el literal c) del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso colombiano<sup>33</sup>, los reglamentos de arbitraje citados en este documento ni las normas nacionales de arbitraje (Ley de Arbitraje Inglesa de 1996, Ley de Arbitraje Francesa de 2011, Ley Federal de Arbitraje Norteamericana de 1990, Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987) previenen ni enumeran una lista de posibilidades taxativas a los árbitros internacionales para adoptar en el desarrollo del proceso arbitral.

<sup>31</sup> La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006, artículo 17; COLOMBIA. Congreso de la Republica. Ley 1563 de 2012, artículo 80.

<sup>32</sup> Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, Adoptado el 14 de abril de 1978. Que entró en vigor el 1 de julio de 1978. Artículo 38.

<sup>33</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Medidas Cautelares Innominadas*. P. 302. Véase en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-qui-jano.pdf> Fecha: 5/6/2014.

Como quedo claro en el capítulo precedente, el origen del proceso arbitral es netamente contractual, de manera que el poder del tribunal arbitral para ordenar una medida cautelar deviene única y exclusivamente de las partes<sup>34</sup>; y su validez del apego a las normas procesales aplicables, siendo estas: las determinadas por las partes cuando es Ad hoc, las de la institución y las normas procesales imperativas del lugar de la sede. Consecuencia de lo anterior, es que ellas sean vinculantes y no requieren del reconocimiento del lugar de la ejecución; pues el tribunal goza de la misma competencia para decidir sobre la disputa en el ámbito de la medidas cautelares, con independencia de que estas se sustancien o no en el país de la sede<sup>35</sup>.

Con respecto a lo señalado, debe precisarse que las diferentes legislaciones, dado el crecimiento de las transacciones comerciales internacionales, han optado por disminuir el rol interventor de las cortes nacionales, de modo tal que todos aquellos obstáculos y barreras sean eliminados, para la efectiva consecución de los fines de la justicia dentro del arbitraje comercial internacional.<sup>36</sup> Un ejemplo de ello, es el Caso Channel Tunnel, donde se evidenciaron los problemas que existen en el terreno entre los tribunales arbitrales internacionales y los tribunales nacionales en materia de medidas cautelares, donde Eurotunnel, la parte que buscaba la adopción de la medida, quedó finalmente desprotegida por la inejecución de ella por parte de la *Court of Appeal* inglesa al considerar esta “inadecuado” ejecutarlas.

Esto nos lleva a concluir que las causales que le permiten a un tribunal nacional rechazar el reconocimiento y ejecución de la medida, se han configurado con el fin de limitar la discrecionalidad en asuntos como lo son la ejecución de medidas cautelares, restringiéndolas únicamente a las siguientes circunstancias formales: (i) cuando existan vicios procesales que deslegitiman la actuación del tribunal arbitral, esto significa que no tenían poder para ordenar las medidas; (ii) cuando no se cumplan los requisitos según la ley procesal aplicable que son necesarios para su adopción, como la caución; (iii) cuando la medida haya sido suspendida o revocada por el tribunal y, (iv) el asunto objeto de la controversia no sea arbitrable o su adopción afecte el orden público internacional.<sup>37</sup> Las primeras tres causales sólo operan a solicitud de parte, mientras que la cuarta es *ex officio*. Esto quiere decir, que el juez de ejecución puede revisar el fondo del asunto a partir de una providencia arbitral que no lo estima ni resuelve, como lo es la orden de medida cautelar. Más aún cuando recordamos que los tribunales nacionales colombianos en virtud del nuevo estatuto pueden ordenar medidas cautelares innominadas en procesos arbitrales que puedan ir en contravía de las ordenadas válidamente por el tribunal arbitral. Este escenario podría presentarse con mayor probabilidad cuando el tribunal arbitral establecido en sede distinta de

<sup>34</sup> REDFERN, Alan. *Arbitration and The Courts: Interim Measures of Protection--Is the Tide about to Turn Symposium on International Commercial Arbitration*. Texas International Law Journal. 1995. p. 71.

<sup>35</sup> La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006, artículo 17 J.

<sup>36</sup> *Supra nota* (10). p. 86

<sup>37</sup> COLOMBIA. Congreso de la Republica. Ley 1563 de 2012, artículo 89.2.

Colombia, aplica normas procesales diferente (p.ej. las reglas de la CCI) mientras el juez colombiano aplica la ley procesal colombiana<sup>38</sup>.

Es con fundamento en los anteriores argumentos y a partir del análisis de la norma colombiana a la luz de la Ley Modelo de la CNUDMI y la Convención de Nueva York de 1958, que se evidencia que las mismas causales para el no reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales señaladas en el artículo 5 de esta última, en su numeral 2, se aplican en materia de medidas cautelares; cuya naturaleza difiere abiertamente de la del laudo arbitral, la cual es: que no dirime definitivamente la controversia y es provisoria.

Así pues, de manera desprevenida el legislador colombiano le ha abierto la posibilidad al juez nacional de rechazar la ejecución de una medida cautelar ordenada válidamente en el exterior con base a criterios que no le competen al proceso arbitral internacional cuya sede se encuentra en otro Estado, teniendo en cuenta que la finalidad legítima de las medidas cautelares en materia de Arbitraje Internacional es mantener el *statu quo* de una relación contractual, de manera que se impida un daño actual o inminente, se preserven bienes o elementos de prueba<sup>39</sup> necesarios para el desarrollo efectivo expedito y justo del proceso arbitral.

Las medidas cautelares no se equiparan al laudo arbitral, siendo estas órdenes dirigidas a impedir la consumación de los daños temidos por alguna de las partes con ocasión al proceso arbitral internacional y no resolver el fondo del asunto. Es por ello que la susceptibilidad a ser denegadas sólo debe provenir de causales o vicios de índole procesal y no concernientes al fondo de la controversia que aún sigue en debate bajo las normas aplicables en otra sede distinta a Colombia.

### 3. ARBITRABILIDAD Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Como se ha evidenciado a lo largo de este escrito, en atención a las dos causales establecidas en el artículo 89(1) (b) de la Ley 1563 de 2012 que permiten a la autoridad judicial colombiana, este es, *el juez de apoyo*, de manera oficiosa denegar la ejecución de medidas cautelares decretadas válidamente por un tribunal arbitral cuyo asiento es en el exterior, resulta necesario analizar y precisar los conceptos de Arbitrabilidad y Orden Público Internacional en el marco del Arbitraje Internacional, así:

#### 3.1. La arbitrabilidad del asunto.

El término *arbitrabilidad* se ha entendido desde dos visiones: una objetiva o *Ratione Materiae* y otra, subjetiva o *Ratione Personae*. La primera hace referencia a las

<sup>38</sup> *Supra* Nota (21). P 78

<sup>39</sup> *Supra* nota (7). Artículo 17(2) (a), (b), (c) y (d); FERGUSON, Stephen M. “*Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, And Anticipated Results*”. Currents Winter. P. 55



materias que pueden ser objeto de arbitraje<sup>40</sup> y, la segunda, a la capacidad de las personas para someter sus controversias al mecanismo en cuestión. En este acápite, nos encargaremos de profundizar en la concepción objetiva, esto es, determinar la extensión teórica de la reserva exclusiva que los Estados han hecho a favor de la justicia ordinaria.

En ese sentido, la mayoría de legislaciones han coincidido en determinar en el interés patrimonial y disponibilidades de las partes sobre el objeto de controversia<sup>41</sup>. Sin embargo, ha de notarse que uno de los grandes vacíos de Estatuto de Arbitraje Internacional colombiano ha sido el no definir qué asuntos pueden o no pueden ser sometidos a arbitraje. Este vacío puede ser interpretado como estratégico si se tiene en cuenta que en el contexto latinoamericano, el arbitraje ha tenido un creciente auge en términos de su liberalización; de este modo se evidencia que las normas nacionales en la región al respecto tienen una tendencia a seguir los postulados de la Ley Modelo de la CNUDMI-UNCITRAL, la cual tampoco trae dentro de su articulado una regulación taxativa sobre asuntos que se consideran arbitrables y no arbitrables específicamente.<sup>42</sup>

En este respecto, la Jurisprudencia constitucional colombiana ha llegado a distinguir que la mencionada laxitud de la legislación arbitral, tiene sus límites, toda vez que es necesario que dentro de un proceso arbitral, es función de los árbitros o el *juez de apoyo* dado el caso, determinar el carácter transigible de los derechos en conflicto, para determinar si estos son o no susceptibles de ser sometidos a la decisión de un árbitro.<sup>43</sup> Así las cosas, la Sentencia C-098 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que un asunto puede ser susceptible de arbitraje cuando sobre los derechos que se hallan en conflicto exista la “*libertad de renuncia por parte de su titular*”, libertad que se encuentra definida por la naturaleza del derecho en conflicto, y si el legislador permite dicha disposición sobre dicho derecho, el asunto podría ser sometido a la decisión de un árbitro si así lo disponen las partes.<sup>44</sup>

Para determinar entonces aquella naturaleza del conflicto que se cita, debemos acudir a otros criterios, entre ellos, el “*ámbito material*”<sup>45</sup> de aplicación de la Ley 1563 de 2012, este es, el Arbitraje Comercial Internacional, cuyos elementos analizamos en el punto 1.2 (i) y (ii). En ese sentido, el carácter comercial definido en la Ley Modelo, que ya discutimos, nos puede llevar a concluir que todo lo “comercial”, a la mayor

<sup>40</sup> LOAIZA, Ana Isabel. “*La Arbitrabilidad en el Nuevo Estatuto de Arbitraje Internacional en Colombia*”. *Journal of International Law*. Universidad EAFIT. Vol. 03.2. Julio- Diciembre 2012. Colombia

<sup>41</sup> SUIZA. Tribunal Federal BGE 1 18 II 353, punto 3(b). Citado en: MEREMINSKAYA, Eliana. “*La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada*”. LEGIS Editores. 2007. P. 123.

<sup>42</sup> La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006.

<sup>43</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001: Citado en COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2010, Ref.: expediente D-7784. P19-20

<sup>44</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-098 de 2001. Enero 31 de 2001. MP: Martha Victoria Sachica. Expediente D-3179. P 4

<sup>45</sup> *Supra* Nota (40).

amplitud de su expresión con relación a las transacciones que se llevan a cabo en el mundo contemporáneo, es susceptible de ser sometido a un Arbitraje Internacional. No obstante lo anterior, la Ley Modelo es precisa al señalar que las regulaciones del proceso que en ella están contenidas no afectan cualquier otra norma doméstica que regule la arbitrabilidad<sup>46</sup>. Corresponde entonces al tribunal arbitral o al *Juez de Apoyo* en la constitución de este, realizar el examen sobre la arbitrabilidad del asunto en su totalidad a la luz de la Ley Procesal y Sustantiva aplicable, que denominamos *Lex Arbitri*. Para este efecto, la Corte Constitucional ha definido la arbitrabilidad como “*el criterio que se ha de aplicar para establecer la vocación que tienen determinados asuntos de ser objeto de decisión por un tribunal de arbitramento, así como la posibilidad de ciertos sujetos de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos.*”<sup>47</sup>

Consecuentemente, la limitación que se ha hecho jurisprudencialmente sobre los asuntos transigibles y de libre disposición por parte de sus titulares, responde a la tendencia global sobre arbitrabilidad y a los parámetros constitucionalmente establecidos<sup>48</sup>, de manera que para el caso Colombiano, los asuntos que no comporten dicha naturaleza deberán ser resueltos por Jueces de la Republica<sup>49</sup>. En otras palabras, “*(...) Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición -. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes*”<sup>50</sup>.

Obsérvese de este modo, que el análisis de arbitrabilidad es una cuestión reservada a las naciones, para que ellas, determinen según su sistema político y jurídico, los derechos disponibles por los particulares para ser controvertidos mediante procedimientos privados, como lo es el Arbitraje. Lo anterior implica que en materia de procesos arbitrales comerciales internacionales, cuya sede es distinta a Colombia, el examen de arbitrabilidad se realiza conforme a presupuestos distintos a los colombianos, cuales son, los de la *Lex Arbitri* del lugar del asiento del proceso. Esto, con relación a las medidas cautelares innominadas proferidas en escenarios como el descrito, presupone de manera incuestionable una atribución exorbitante que la ley le ha conferido al *Juez de Apoyo* colombiano, esencialmente debido a que la medida cautelar que ha sido expedida válidamente por un tribunal arbitral en el exterior conforme a su *Lex Arbitri*, la cual lleva inmersa un estudio de arbitrabilidad objetiva

<sup>46</sup> *Supra* Nota (35). Artículo 1(5)

<sup>47</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de unificación SU-174 de 2007. Marzo 14 de 2007. MP: Manuel José Cepeda. Expediente T-980611. P 58

<sup>48</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001.

<sup>49</sup> *Ibidem*. P 60

<sup>50</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-098 de 2001. Enero 31 de 2001. MP: Martha Victoria Sachica. Expediente D-3179. P 7

previo y relativo al fondo del asunto, lo cual ya ha quedado claro, no se resuelve con la orden de medida cautelar.

Se deduce a partir de lo expuesto que el *Juez de Apoyo* colombiano al recibir la orden de medida cautelar proferida en el exterior, está habilitado por la ley para estudiar el fondo del asunto a partir de una providencia que no lo resuelve y tampoco incluye los detalles pormenorizados del proceso, cuando ello en realidad corresponde a los árbitros que las partes han facultado para la resolución de su disputa.

### 3.2 Orden público

Los Estados independientes de hoy ejercen poder normativo sobre sus ciudadanos denominado “orden público”, o sea, “*las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico*”<sup>51</sup>. Si bien es cierto, la anterior aseveración es la expresión mínima del orden público nacional, tal concepto ha sido reconocido y respetado por los organismos internacionales, y sobre el cual se ha construido el concepto de orden público internacional que es “*aquel aceptado como tal por la comunidad internacional*”<sup>52</sup>.

Ha habido intentos por definir el concepto de “orden público” y el “orden público internacional” pero no ha sido posible una definición precisa.<sup>53</sup> Un posible acercamiento por la conceptualización del mismo, en el marco del Arbitraje Internacional, se ha reconocido por la doctrina que el orden público internacional tiene un alcance más limitado que el nacional, “se refiere a las normas de orden público de un Estado que, en caso de violarse, impedirían a una parte invocar una ley extranjera o una sentencia extranjera o un laudo extranjero. No debe entenderse, en estas recomendaciones, que se refiere a un orden público que sea común a muchos Estados –mejor denominado un “orden público trasnacional”- o a uno que forme parte del derecho internacional público”<sup>54</sup>

Entendido ello, es claro que el concepto de orden público, en el ámbito actual del derecho es bastante maleable, por lo que una definición estándar resulta compleja, haciendo aún más difícil la adaptabilidad del laudo arbitral a la ley del lugar donde deba ser ejecutada una medida cautelar, toda vez que las definiciones y la construcción jurisprudencial en materia de orden público encuentra diferencias diametrales en las

<sup>51</sup> Así lo definió la Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos en *Parsons & Whittemore overseas company, inc. V. societe generale de l'industrie du papier* (508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974)). Sus palabras exactas fueron «the most basic notions of morality and justice».

<sup>52</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. “*Orden público y arbitrabilidad: dúo-dinámico del arbitraje*”. *Revista Internacional de Arbitraje. Volumen No. 9. Julio 2008*. Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis. Bogotá. 2008, p. 4.

<sup>53</sup> Véase el informe provisional, parte II. Mayer. *Droit International privé*. Montchrestien, 6 ed., 1998, p. 135 *et seq.*

<sup>54</sup> MAYER, Pierre; SHEPPARD, Audley. “Informe Final de la asociación de derecho internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales”. *Revista de Arbitraje Internacional. Volumen No. 1. Junio 2004*. Bogotá. Legis. 2004. p. 23.

legislaciones que podrían exacerbar los efectos negativos que puede tener el invocar el orden público como causal para no ejecutar una medida cautelar.

No es clara tampoco, una definición precisa del orden público internacional en Colombia, razón por la cual la ejecución de una medida cautelar ordenada válidamente conforme a la *Lex Arbitri* debe ser cuidadosamente examinada por el juez colombiano quien debe decidir sobre la ejecutabilidad de la misma, y para ello, deberá tener en cuenta los análisis que en la jurisprudencia se han hecho en la materia.

A manera de ejemplo, en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 27 de Julio de 2011 refiriéndose a la connotación especial del orden público como rasero para calificar un fallo extranjero, dicha corporación estableció que la ruptura del concepto de orden público internacional supone un desconocimiento de principios básicos de derecho, y es así como un juez colombiano podría denegar la ejecutoria de un fallo por hallarlo incompatible con los principios generales de derecho y las instituciones internas:

*Los anteriores elementos sirven hoy a la Sala para establecer que el concepto de “orden público” que en el foro nacional tiene la virtualidad de enervar el reconocimiento o la ejecución de un “laudo extranjero”, hecho bajo el amparo de la aludida Convención de Nueva York, se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del “foro” del juez del exequátur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas.*

A su vez, en dicha sentencia se hace una precisión bastante importante tomada de la doctrina, y es la de establecer que el orden público internacional difiere del “orden público interno”, lo cual implica que en la jurisprudencia de muchos países una norma obligatoria de derecho no debe prevalecer en asuntos internacionales<sup>55</sup>.

Así las cosas, es claro, que el nuevo estatuto arbitral presenta un yerro a la hora de supeditar el reconocimiento y ejecutoriedad de una medida cautelar a un examen de validación frente a la arbitrabilidad y orden público internacional colombiano, y reviste de un amplio margen de apreciación al *Juez de Apoyo*, toda vez que si una medida cautelar resulta contraria a dicho concepto, no podría ejecutarse y sería desatendida la validez de la cual se encuentra revestida una medida cautelar innominada decretada válidamente conforme a la *lex arbitri* del lugar de la sede.

<sup>55</sup> COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de Julio de 2011. MP. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda. Proceso: 1100102030002007-01956-00, p. 15.

#### 4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DECRETADAS POR UN TRIBUNAL ARBITRAL EN EL EXTERIOR

El arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos comprende diversos términos bajo los cuales se sustraen elementos básicos de la autonomía de la voluntad de las partes y el papel de los Estados en la administración de justicia. Las medidas cautelares comprendidas como mecanismos de protección tanto del proceso como de las partes, permiten garantizar supuestos fundamentales como el debido proceso, acceso a la justicia, derecho a la defensa, entre otros. Una vez determinado que en el arbitraje internacional las partes gozan de la libertad para convenir la ley procedimental aplicable para la resolución de su litigio, resulta razonable comprender cuáles son las medidas necesarias para el reconocimiento de las medidas cautelares adoptadas por los tribunales de arbitraje internacional.

Actualmente las medidas cautelares frecuentemente se constituyen como un instrumento definitivo para la eficacia de la solución de los conflictos, sin embargo el componente de parcelación jurídica que connota el arbitraje internacional, y las diversas disposiciones normativas acuñadas en cada Estado, podrían conllevar a una banalización de la figura en el momento de la ejecución de las mismas. Los árbitros carecen de competencia ejecutiva<sup>56</sup>, como lo determina Mayer, la inexistencia de un sistema de lo que Calvo<sup>57</sup> denomina “tutela cautelar”, puede constituirse en un impedimento en el momento de cumplir con las finalidades de la institución cautelar, y cumplir con los objetivos procesales que deben guiar el arbitraje.

Para garantizar la propia efectividad del proceso arbitral, aquellas medidas cautelares deben ser eficaces mediante su materialización y ejecución. Es por ello que los tribunales arbitrales requieren de la ayuda del poder judicial para ejercer el poder de *imperium*, del cual carecen los árbitros, para ejecutar de manera coercitiva sus órdenes y medidas<sup>58</sup>. Al carecer de lo que Calvo denomina “fuerza compulsiva”<sup>59</sup>, es decir poder coercitivo, existe una determinada dificultad de lo que conlleva a que se aleje de la naturaleza voluntaria del arbitraje, para sustraer el conflicto a los órganos jurisdiccionales de cada Estado, a quienes corresponde intervenir en el reconocimiento de la medida cautelar. Sin embargo, la anterior afirmación, es importante destacar que la falta de *imperium* al decir de Gamboa Morales, citado por Bosco Lee y Francisco Alvés implica: “la imposibilidad del tribunal arbitral de ejecutar las medidas cautelares, pero no excluye su competencia para conocer sobre el pedido de urgencia, que está

<sup>56</sup> MAYER, Pierre. Études de procédure e d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret. *Imperium de l'arbitre et mesures provisoires*. Lausanne. 1999, cit, pp.437-452.

<sup>57</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *Medidas Cautelares y arbitraje privado internacional*. En: Foro de derecho mercantil: revista internacional. No. 6 Legis Editores. Bogotá. 2005. Pág. 68.

<sup>58</sup> LEE, João Bosco; ALVES, Rafael Francisco. “Arbitraje y medidas cautelares en Latinoamérica”. *CUESTIONES CLAVES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL*. Primera edición. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario. 2013. Pág. 120.

<sup>59</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *Medidas Cautelares y arbitraje privado internacional*. En: Foro de derecho mercantil: revista internacional. No. 6 Legis Editores. Bogotá. 2005. Pág. 68.

directamente concretado, a su poder de conducción, del procedimiento y de juzgar el fondo de la controversia”<sup>60</sup>.

En el caso colombiano con la expedición del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional -Ley 1563 de 2012- el legislador intentó adaptar las exigencias del medio a la normatividad del país, acogiendo una postura pro-arbitral. En relación, con las medidas cautelares, se encargó de determinar cuáles serán entendidas como tales, en su artículo 80. Como se expresó anteriormente, la libertad para que el solicitante bajo cualquiera de los supuestos establecidos en el artículo 80 de la ley 1563 de 2012, requiera del decreto de medidas cautelares, se debe encontrar enmarcada en la conducencia, razonabilidad y oportunidad de las mismas. Le corresponderá a quién se encargue de evaluar su procedencia, determinar que se ajusten a dichos postulados, y una vez otorgada proceder a la ejecución de las mismas.

El artículo 88 de la misma normatividad, se refiere a la ejecutabilidad de las medidas cautelares, al establecer que *“Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido decretada. Para este efecto, la autoridad judicial procederá a la ejecución en la misma forma prevista por la ley para la ejecución de providencias ejecutoriadas proferidas por autoridades judiciales colombianas y dentro de dicho proceso solo podrán invocarse como excepciones las previstas en el artículo 89 de esta sección”*.

Es decir, la ejecución de medidas cautelares dictadas por un determinado tribunal arbitral internacional, que deban ser practicadas en Colombia, debe ser presentada ante las autoridades judiciales competentes, este es, el Juez Civil del Circuito – Juez de Apoyo colombiano. El juez en cuestión, deberá aplicar la normatividad referida para la adopción de las mismas, sin embargo, dentro de la misma normatividad se establecen unas causales para el no reconocimiento, las cuales han sido el foco esencial del presente documento, veamos: (i). Según la ley colombiana el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o (ii). La ejecución de la medida sería contraria al orden público internacional colombiano, resaltando en el numeral 2º que: “la autoridad judicial a la que se solicite la ejecución solo podrá pronunciarse sobre la existencia de las causales a las que se refiere este artículo y no sobre el contenido de la medida cautelar”.

La ejecución de la medida cautelar dictada por un tribunal arbitral internacional no será, según lo determinado en dicha ley, una cuestión de simple computabilidad en la que el juez se encargue de adoptarla, sino que el juez de alguna manera se encuentra revestido de una facultad para revisar que los asuntos ventilados en un proceso abiertamente ajeno a las normas colombianas, se ajusten a los supuestos de orden público, y arbitrabilidad del país.

<sup>60</sup> GAILLARD, E, FERNANDEZ A, D. Arbitraje y medidas cautelares en Latinoamérica en: Cuestiones claves del Arbitraje Internacional. Primera Edición. Ed. Universidad del Rosario. Bogotá. 2013, cit., p. 113

Lo anterior supone una cuestión profunda, en tanto que bajo el objetivo del legislador por asumir una normatividad pro-arbitral, en la Ley 1563 de 2012 en ningún aparte se establece cuáles son los asuntos arbitrables, y en distintas normatividades el legislador se ha encargado de resaltar que corresponde a las partes determinar la arbitrabilidad de los asuntos, cuestión que resulta más difícil de comprender en el caso del Arbitraje Internacional bajo los supuestos de insolvencia fronteriza.

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), cuya finalidad principal es “evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales”, en su artículo V.1.d) establece el régimen aplicable al exequátur de los laudos arbitrales señalando como causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo que: (i). Las partes estén sujetas a algún tipo de incapacidad o que el acuerdo carezca de validez, (ii). La ausencia de notificación que socave el derecho a la defensa de las partes, (iii). El laudo se pronuncie sobre temas diferentes a los acordados en el acuerdo o compromiso, o que exceda los términos de estos, (iv). La constitución del tribunal arbitral no se haya realizado conforme a lo pactado, o a lo establecido por la ley del país donde se efectúe el arbitraje, o (v) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente. Establece, igualmente, las mismas causales determinadas en la Ley 1563 de 2012.

La anterior normatividad resultaba difusa en los casos en los que la medida provisional no adoptaba la forma de laudo, y se erguía en forma de auto, orden o laudo parcial<sup>61</sup>. Todo lo anterior pretendió ser corregido en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, donde se establecieron las mismas causales de denegación enmarcadas en la Convención de Nueva York de 1958, partiendo en su artículo 35 del postulado de que “un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36”.

Con Ley Modelo, se reafirma la voluntariedad que se concede a los jueces de cada Estado, para reconocer y ejecutar las medidas dictadas por un tribunal arbitral internacional, “lo cual no es de extrañar porque normalmente el tribunal que concede la medida cautelar examinará el fondo del asunto”<sup>62</sup> como lo señala Redfern, lo que desestimaría la necesidad de valoración del juez para el reconocimiento o ejecución de la misma.

<sup>61</sup> PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Reforma sobre medidas cautelares en la “Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI”*. Foro de derecho mercantil: revista internacional No. 16. Bogotá. 2007. P. 83.

<sup>62</sup> REDFERN, A; HUNTER, M; BLACKABY, N. *Law and practice of international commercial arbitration*. Edición: 4th Revised edition. Ed. Sweet & Maxwell. 2004. P. 7-22.

Por todo lo anterior, se puede deducir que tanto la normatividad nacional como en la internacional, coinciden en que la arbitrabilidad y el orden público se constituirán como los ejes centrales para el reconocimiento y ejecución de una medida cautelar en el arbitraje internacional. El concepto de arbitrabilidad –del cual tratamos con anterioridad- tiene dos enfoques, por un lado el enfoque objetivo que son “los criterios que han de ser aplicados para determinar qué materias pueden ser objeto de arbitraje”, y por otro lado, el enfoque subjetivo que se refiere a “la determinación de aquellas personas que tienen la facultad de habilitar a los árbitros”<sup>63</sup>. Nos interesa comprender el concepto desde el criterio objetivo.

Al respecto la Corte Constitucional en diversas ocasiones ha determinado que corresponde al legislador ordinario establecer los límites de competencia en materia de arbitramento, la misma corporación mediante sentencia C-014 de 2010 estableció que “se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. (...) Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición - Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes”<sup>64</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN.

En Colombia desde la expedición del Estatuto de Arbitraje Internacional - Ley 1563 de 2012-, inspirado *parcialmente* en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI-, se les reconoce al tribunal arbitral válidamente constituido, la plena autoridad para decretar medidas cautelares, del tipo que estimen. Así mismo, el referido estatuto faculta a los jueces nacionales colombianos, a quienes se denomina *jueces de apoyo* en el ámbito del Arbitraje Internacional, para que ellos decreten antes o durante el desarrollo del proceso arbitral, a solicitud de parte, medidas cautelares cualquiera que ellas sean incluso las innominadas; y del mismo modo, establece la obligación de reconocer y ejecutar las que el tribunal arbitral ordene, sin trámite adicional alguno, pues ellas son vinculantes por sí mismas.

---

<sup>63</sup> SUESCÚN DE ROA, Felipe “Orden público internacional: excepción a la limitación que imponen los actos administrativos a la competencia de los tribunales de arbitramento”, Revista de Derecho privado N.º 44 (Julio - Diciembre de 2010), Bogotá D.C. Universidad de los Andes. [en línea], disponible en: [http://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_revista&view=inicio&idr=10%3ARevista\\_44&Itemid=16&lang=es.](http://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=10%3ARevista_44&Itemid=16&lang=es.)

p. 15-18.

<sup>64</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad No. 014 del 20 de Enero de 2010. MP. Mauricio González Cuervo. Referencia: expediente D-7784, p. 19-20.



Conforme a ello, el *Juez de Apoyo* colombiano, en consonancia con los nuevos objetivos planteados por el legislador - promover el Arbitraje Internacional en Colombia brindando un aparato judicial facilitador y no obstructor-, deberá asumir una posición de colaboración para el desarrollo del proceso arbitral internacional, especialmente, en materia de ejecución de medidas cautelares innominadas ordenadas por un tribunal arbitral cuyo asiento es un país distinto a Colombia. Este es precisamente el asunto que se analizó en el presente escrito, ahondar en el verdadero papel del *Juez de Apoyo Colombiano* bajo la Ley 1563 de 2012 y las exorbitantes facultades que en ella se le han otorgado en materia de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares innominadas, específicamente cuando se han ordenado por un tribunal arbitral válidamente constituido cuya sede es en el extranjero. Para este efecto se desarrollaron tres núcleos esenciales: *i*) la naturaleza jurídica del Arbitraje Internacional; *ii*) la naturaleza jurídica de las medidas cautelares innominadas en el proceso Arbitral Internacional; y, *iii*) reconocimiento y ejecución de medidas cautelares innominadas en Arbitraje Internacional. Con ellos, y el análisis de escenarios hipotéticos se evidenciaron las posibles implicaciones de las disposiciones contenidas en la norma colombiana a la luz de la esencia misma del Arbitraje Internacional.

En un análisis de lo que consagra el Nuevo Estatuto Arbitral colombiano, la intervención del presunto *Juez de Apoyo* en el reconocimiento y ejecución de dichas medidas cautelares innominadas, bajo las atribuciones establecidas en el artículo 89(1)(b) de la Ley 1563 de 2012, constituye una amenaza a los procesos arbitrales internacionales cuya sede no es Colombia. Lo anterior encuentra su fundamento en el hecho que el legislador de manera desprevenida, en adopción de la Ley Modelo, facultó al *juez de apoyo* a negar *ex officio* el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares innominadas ordenadas por un tribunal arbitral internacional en el extranjero con fundamento en criterios de arbitrabilidad del asunto y en el orden público internacional colombiano<sup>65</sup>. Esto quiere decir, que el juez de ejecución puede revisar el fondo del asunto a partir de una providencia arbitral que no lo estima ni resuelve, como sucedió en el caso *Eurotunnel*. Lo anterior se agrava, cuando recordamos que los tribunales nacionales colombianos en virtud del nuevo estatuto pueden ordenar medidas cautelares innominadas en procesos arbitrales que puedan ir en contravía de las ordenadas válidamente por el tribunal arbitral.

Más grave aún, es que el Estatuto de Arbitraje Internacional colombiano no ha definido qué asuntos pueden o no pueden ser sometidos a arbitraje internacional, con lo cual se deduce que el *Juez de Apoyo* colombiano al recibir la orden de medida cautelar proferida en el exterior, está habilitado por la ley para estudiar el fondo del asunto a partir de una providencia que no lo resuelve y tampoco incluye los detalles pormenorizados del proceso, cuando ello en realidad corresponde a los árbitros que las partes han facultado para la resolución de su disputa. En cuanto al Orden Público Internacional, debe decirse que se ha reconocido por diversos organismos

<sup>65</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1563 de 2012, artículo 89.2

internacionales como “*aquel aceptado como tal por la comunidad internacional*”<sup>66</sup>. Lo anterior implica un alto grado de maleabilidad del término y sobre todo de dificultad en su identificación en el desarrollo del proceso arbitral internacional, tanto en la sede, como en el lugar de ejecución. Por dicha razón, una medida cautelar que puede que se haya ordenado en el exterior conforme a la *lex arbitri* – donde está incluido el orden público de la sede–, se examina nuevamente por el *juez de apoyo* colombiano para su ejecución, donde debe tener en cuenta además de su propio sistema, el sistema de derecho donde se decretó, todo ello como consecuencia de la inexistencia de un régimen de tutela cautelar en materia de arbitraje internacional, que de realizarse limitaría el amplio margen de apreciación que se le ha otorgado al *juez de apoyo*, para conceder verdaderos elementos de juicio que sean realmente coherentes con el proceso arbitral internacional cuya sede es en el extranjero.

## REFERENCIAS

BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. “CHAPTER 1. Introduction to International Arbitration”. Publisher Kluwer Law International. 2012.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad No. 014 del 20 de Enero de 2010. MP. Mauricio González Cuervo. Referencia: expediente D-7784.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Citado en: Morello, Augusto Mario & Véscovi, Enrique. “Medidas Provisionales y Medidas Cautelares”. Capítulo IV.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *Medidas Cautelares y arbitraje privado internacional*. En: Foro de derecho mercantil: revista internacional. No. 6 Legis Editores. Bogotá. 2005.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-098 de 2001. Enero 31 de 2001. MP: Martha Victoria Sachica. Expediente D-3179.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-098 de 2001. Enero 31 de 2001. MP: Martha Victoria Sachica. Expediente D-3179.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de unificación SU-174 de 2007. Marzo 14 de 2007. MP: Manuel José Cepeda. Expediente T-980611.

COLOMBIA. Congreso de la Republica. Ley 1563 de 2012.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Tutela T-412. Junio 17 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-875.

---

<sup>66</sup> GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. “*Orden público y arbitrabilidad: dúo-dinámico del arbitraje*”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Volumen No. 9. Julio 2008. Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis. Bogotá. 2008, p. 4.

-----Sentencia C-098 de 2001: Citado en COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2010, Ref.: expediente D-7784.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de Julio de 2011. MP. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda. Proceso: 1100102030002007-01956-00.

D.M, Lew QC, Julian; Mistelis, Louckas A. & Kröll Stefan M. “Comparative International Commercial Arbitration”. Kluwer Law International. The Hague/London/New York. 2003.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos*. Uruguay. Editorial Jurídica E. Esteva. 1996 GUGGENHEIM, Paul. *Les Mesures Conservatoires Dans La Procédure Arbitrale et Judiciare*. Edición. Tomo del libro. Paris. Editorial Jurídica E. Esteva. 1931. Libr. Rec. Sirey.

FRASER, A. “A sketch of the History of International Arbitration”. 11 Cornell L.Q. 1925-1926. p. 179, 188.

GAILLARD, E, FERNANDEZ A, D. Arbitraje y medidas cautelares en Latinoamérica en: *Cuestiones claves del Arbitraje Internacional*. Primera Edición. Ed. Universidad del Rosario. Bogotá. 2013.

GARCIMARTÍN, Alférez. *El Régimen de las medidas cautelares en el Comercio Internacional*. Edición: McGraw-Hill. Tomo del libro. Madrid. Editorial. 1996.

GAVIRIA, Juan Antonio. “The New Colombian Legal Rules on International Arbitration”. *The Arbitration Brief*. Vol. 3 Issue 1. American University Washington College of Law. Washington D.C. 2013.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. “Orden público y arbitrabilidad: dúo-dinámico del arbitraje”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Volumen No. 9. Julio 2008. Universidad Sergio Arboleda-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis. Bogotá. 2008.

INDIA. Caso RM Investment & Trading Co Pct. Ltd V. Boeing Company. Decisión del 10 de febrero de 1994. Citado en *Supreme Court Journal* 657. 1997. Citado en *Supra Nota* (1). “Chapter 26. Recognition and enforcement of Awards”. p. 703.

João Bosco; ALVES, Rafael Francisco. “Arbitraje y medidas cautelares en Latinoamérica”. *CUESTIONES CLAVES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL*. Primera edición. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario. 2013.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006, artículo 17; COLOMBIA. Congreso de la Republica. Ley 1563 de 2012.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006.

LOAIZA, Ana Isabel. “*La Arbitrabilidad en el Nuevo Estatuto de Arbitraje Internacional en Colombia*”. Journal of International Law. Universidad EAFIT. Vol. 03.2. Julio- Diciembre 2012. Colombia.

MANTILLA, Fernando. [En Línea] “El anteproyecto de la ley de arbitraje: entre el Dr. Jekyll y Mr. Hide”. *Ámbito Jurídico* Jul. 26, 2011. Recuperado de <http://ambitojuridico.com/BancoConocimiento>.

MAYER, Pierre. *Études de procédure e d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret. Imperium de l’arbitre et mesures provisoires*. Lausanne. 1999.

MAYER, Pierre; SHEPPARD, Audley. “Informe Final de la asociación de derecho internacional acerca del orden público como una prohibición para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales”. *Revista de Arbitraje Internacional*. Volumen No. 1. Junio 2004. Bogotá. Legis. 2004.

MORELLO, Augusto Mario; VESCOVI, Enrique. *Medidas Provisionales y Medidas Cautelares*. Capítulo IV. Véase en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf>.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Medidas Cautelares Innominadas*. Véase en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf> Fecha: 5/6/2014.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Reforma sobre medidas cautelares en la “Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI”*. Foro de derecho mercantil: revista internacional No. 16. Bogotá. 2007.

RALSTON J. “International Arbitration from Athens to Locarno”. 1929.

REDFERN, A; HUNTER, M; BLACKABY, N. *Law and practice of international commercial arbitration*. Edición: 4th Revised edition. Ed. Sweet & Maxwell. 2004.

REDFERN, Alan. *Arbitration and The Courts: Interim Measures of Protection--Is the Tide about to Turn Symposium on International Commercial Arbitration*. Texas International Law Journal. 1995. P 71. La Comisión de las Naciones Unidas para el

Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006.

Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, Adoptado el 14 de abril de 1978. que entró en vigor el 1 de julio de 1978.

SHALAKANY. “Arbitration and the Third World: A Plan for Reassessing Bias under the Specter of Neo-Liberalism. 41. Harvard International. 2000.

STUYT, A. “Survey of International Arbitrations 1794-1989”. 3ra Edición. 1990. VII.

SUESCÚN DE ROA, Felipe “Orden público internacional: excepción a la limitación que imponen los actos administrativos a la competencia de los tribunales de arbitramento”, Revista de Derecho privado N.º 44 (Julio - Diciembre de 2010), Bogotá D.C. Universidad de los Andes. [en línea], disponible en: [http://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_revista&view=inicio&id=10%3ARevista\\_44&Itemid=16&lang=es](http://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&id=10%3ARevista_44&Itemid=16&lang=es).

SUIZA. Tribunal Federal BGE 1 18 II 353, punto 3(b). Citado en: MEREMINSKAYA, Eliana. “La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada”. LEGIS Editores. 2007.

Tucker, S. “Blackstone’s Commentaries on the Laws of England”. Vol. 3. Núm. 33. (citado en Wolaver. “The Historical Background of Commercial Arbitration”. U. Pa. I. Rev. 132.

VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos & Moscoso Valderrama Rodrigo Andrés. [En Línea] “Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje”. Prolegómenos. Derecho y Valores, Vol. XI. Núm. 22. julio-diciembre, 2008- Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. Universidad Militar Nueva Granada-Colombia. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf> el 30 de mayo de 2014.

WILNER, G. “Domke on Commercial Arbitration”. 3ra Edición. Actualizado 2006. 2:01.

## 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<sup>I</sup>, Diego Fernando Rodríguez Pardo<sup>II</sup>,  
Erick Esleider Santos Young<sup>III</sup>, David Camilo Murillo Romero<sup>IV</sup>,  
Geraldí Hernández Guzmán<sup>V</sup>, Diana Alejandra Galindo Cuadros<sup>VI</sup>,  
Clara Natalia Rivera Estupiñán<sup>VII</sup>, Carolina Quintero Rodríguez<sup>VIII</sup>,  
Paula Andrea Quiroga Rodríguez<sup>IX</sup>, Fanny Mayerly Reyes<sup>X</sup>*

*Director:  
Edizon Gonzalo Porras López<sup>XI</sup>*

\* 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.

<sup>I</sup> Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

<sup>II</sup> Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

<sup>III</sup> Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

<sup>IV</sup> Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

<sup>V</sup> Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

<sup>VI</sup> Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

<sup>VII</sup> Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

<sup>VIII</sup> Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

<sup>IX</sup> Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

<sup>X</sup> Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

<sup>XI</sup> 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*”<sup>1</sup>. 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 constitucional<sup>2</sup>, el honorable tribunal constitucional referencia que, “*las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han*

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

<sup>2</sup> 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 efectivos<sup>3</sup>". 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 justicia<sup>4</sup> y no, apreciada por muchos bajo un carácter eminentemente instrumental<sup>5</sup>. 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 judiciales<sup>6</sup>. 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 independiente<sup>7</sup>. 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

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

<sup>4</sup> 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.

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

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

<sup>7</sup> 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 justicia<sup>8</sup>, 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 principal<sup>9</sup>.

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 consecuentemente a la igualdad procesal<sup>10</sup>. 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. (...).*<sup>11</sup> 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.

<sup>8</sup> PORRAS LÓPEZ. Edizon Gonzalo. Óp. Cit.,

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

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

<sup>11</sup> 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”.<sup>12</sup> 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 ilusorios<sup>13</sup>.

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,<sup>14</sup> 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 justicia<sup>15</sup>. Es así, como se hilvana las cautelas

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

<sup>13</sup> 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

<sup>14</sup> MORENO. ORTIZ, Luís Javier. *Op. Cit.*,

<sup>15</sup> 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 constitucional<sup>16</sup>, 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 saber<sup>17</sup>:

- **Igualdad a las Partes.**<sup>18</sup> 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.*”<sup>19</sup> 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 judicial<sup>20</sup>, entendido este aspecto frente a la protección de los derechos fundamentales que se ven involucrados en el proceso y frete a la administración de justicia<sup>21</sup>. 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:

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

<sup>17</sup> PORRAS LÓPEZ. Edizon Gonzalo. Óp. Cit.,

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

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

<sup>20</sup> MORENO. ORTIZ, Luís Javier. Óp. Cit.,

<sup>21</sup> 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 otorga<sup>22</sup>, 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)<sup>23</sup>, que garanticen que la decisión sea lo más justa posible<sup>24</sup>. 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”<sup>25</sup>.** 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 justicia<sup>26</sup>. El juez tiene que llegar a la verdad para poder decidir de manera justa<sup>27</sup>, y para ello cuenta, con los medios de prueba, y por lo tanto tiene la obligación de hacer una correcta valoración de los mismos,

<sup>22</sup> CAPOGRASSI, Giudizio. *Proceso, ciencia y verdad*, Madrid: 1950. p. 5

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

<sup>24</sup> MORENO. ORTIZ, Luís Javier. Óp. Cit.,

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

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

<sup>27</sup> 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 correspondan<sup>28</sup>. 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.<sup>29</sup>

- 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 endoprocesal 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.*”<sup>30</sup> 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

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

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

<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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 obligado<sup>32</sup>.

- 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 derecho<sup>33</sup>. 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.<sup>34</sup>

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 justa<sup>35</sup>, 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 derechos<sup>36</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

afectado por la demora en la decisión judicial<sup>37</sup>; 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,<sup>38</sup> *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

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

<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup>

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 ultimas 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 justicia<sup>40</sup>

## 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup>

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

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

<sup>40</sup> VARGAS, SILVA, Luis Ernesto. *Óp. Cit.*,

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

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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*.<sup>44</sup>

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.<sup>45</sup> 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*.<sup>46</sup>

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.<sup>47</sup>

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.<sup>48</sup>

Sin embargo otros autores como COUTURE<sup>49</sup> 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

<sup>44</sup> CHINCHILLA. MARÍN, Carmen. Op. cit.,

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

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

<sup>47</sup> LÓPEZ. BLANCO, H.F. Op. Cit., P. 1071.

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

<sup>49</sup> 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,<sup>50</sup> 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 CARNELUTI<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup>

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 judicial<sup>53</sup> 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

<sup>50</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. “*Pruebas Judiciales*”. Compendio de Derecho Procesal. Sexta Edición. Tomo II. Bogotá. Edición ABC. 1979. P. 178.

<sup>51</sup> CARNELUTI. Fráncico. Op. cit., P.P. 83 – 90.

<sup>52</sup> ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Op. cit., P. 439.

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

figuras del *injunctio* 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*”.<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup>

### 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.<sup>56</sup>

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.<sup>57</sup>

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

<sup>55</sup> FABREGÁ, Jorge. Op. Cit., P. 229.

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

<sup>57</sup> 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;<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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 demanda<sup>60</sup>

- **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.<sup>61</sup>

- **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.<sup>62</sup> 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 adverso<sup>63</sup>.

- **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

<sup>58</sup> CHINCHILLA. MARÍN, Carmen. Op. Cit., P. 32.

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

<sup>60</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Op. Cit., P. 724.

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

<sup>62</sup> SALAMANCA. MOLANO, Guillermo. Ob. Cit., P. 297.

<sup>63</sup> 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 normativas<sup>64</sup>.

- **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 procesales<sup>65</sup>.

- **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.<sup>66</sup> 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 ocasionado<sup>67</sup>.

#### 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.<sup>68</sup> 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

<sup>64</sup> *Ibid.*,

<sup>65</sup> SALAMANCA. MOLANO, Guillermo. Op. cit., P. 297

<sup>66</sup> LÓPEZ PEÑARANDA, Gerardo. Op. cit., P. 9.

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

<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup>

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;<sup>70</sup> se trata de acreditar una apariencia de buen derecho, sujeta a un juicio de verosimilitud y probabilidad,<sup>71</sup> 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 sólidos 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.<sup>72</sup>

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 principal<sup>73</sup>.

- **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.<sup>74</sup>

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.<sup>75</sup> En similar desarrollo la corte constitucional señaló que el plazo que ocupa la tramitación de un proceso propicia la afectación de los

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

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

<sup>71</sup> CAMALANDREI, Piero. Op. cit., P. 77

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

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. Op. cit., P. 33.

<sup>75</sup> 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 protectora<sup>76</sup>.

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 daño<sup>77</sup>. 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;<sup>78</sup> 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*<sup>79</sup>. En este apartado se exige una actividad probatoria por parte del solicitante, dirigida a demostrar que los daños son realmente irreparables o incluso irreversibles;<sup>80</sup> en todo caso, el fallado siempre tendrá la obligación de determinar cuando el derecho o la situación jurídica corren peligro por la mora judicial<sup>81</sup>

- **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.

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

<sup>77</sup> FABREGÁ, Jorge. Op. Cit., pp. 38 – 39.

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

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

<sup>80</sup> *Ibid.*,

<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup>

- **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.<sup>84</sup> 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 injustificado<sup>85</sup>.

### 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

<sup>82</sup> SALAMANCA MOLANO, Guillermo. Op. cit., P. 283.

<sup>83</sup> CAMPO CABAL, Juan Manuel. Op. cit., P.P. 54 – 58.

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

<sup>85</sup> 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 principialistas<sup>86</sup> 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

---

<sup>86</sup> 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,<sup>87</sup> 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

---

<sup>87</sup> 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.

LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINAS Y  
ANTICIPATORIAS, COMO POSIBLE SOLUCIÓN, A LAS NUEVAS  
PROBLEMÁTICAS DEL DERECHO LABORAL: LA DISCRIMINACIÓN Y  
EL MOBBING \*

---

Semillero de Derecho Procesal de la  
Universidad de Buenos Aires, Argentina \*\*

*María Eugenia Trione<sup>1</sup>*

*Directores<sup>II</sup>: Osvaldo Alfredo Gozáini  
Cecilia Celeste Danesi  
Antonella Biglieri*

**RESUMEN**

En la temática particular del mobbing y la discriminación, la jurisprudencia muestra la imposibilidad de prevenir el daño bajo la lógica actual. Esta ponencia se propone indagar sobre las posibilidades de enfrentar la problemática mediante el uso de medidas cautelares. Un tema novedoso y poco tratado en Argentina. Primero se plantean los tipos de medidas cautelares y su definición. Luego, se indaga sobre las medidas innovativas como especie particular de las innominadas, apoyándose esta distinción en la doctrina. En un segundo apartado, se sitúa en los principios del derecho

---

\* Artículo inédito. Recibido 24 de febrero de 2015 – Aprobado el 21 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 y mejor escritas del Concurso.

\*\* La autora es estudiante de Derecho e integrante del grupo de semilleros de investigación en Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

<sup>II</sup> Directores del semillero de Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

laboral para luego profundizar la problemática de la discriminación laboral y el mobbing. Se muestran las ventajas de la aplicación de medidas cautelares innominadas en estos casos. Se concluye que el tratamiento y la aplicación de estas medidas en estos casos abren un nuevo horizonte de posibles soluciones en el Derecho del Trabajo, superando el resarcimiento económico por daños y perjuicios.

**Palabras clave:** Medidas cautelares, medidas anticipatorias, hostigamiento laboral, discriminación.

#### **ABSTRACT:**

The Labour Law is based on the protectoring principle, founded on the worker's protection. In cases of mobbing and labour harassment, the judges can not prevent the damage with precautionary measures. Those are a new problem in Argentina and not studied enough. This work opens new possibilities facing up this cases with inovative measures. Firstly, studies the definition of precautionary measures and differents kinds of it. It focuses on the inovatives one. Finally, it indicates the particular feauter of mobbing and labour harassment inside the Labour Law. Finally, it seeks to offer the advantages of using inovativs measures in this cases. It concludes that this strategy opens news ways, overcoming the limitations of costs and damages.

**Key words:** Precautionary measures, anticipatory actions, labour harassment, mobbing, discrimination.

#### **INTRODUCCIÓN**

La celebración de un contrato de trabajo no implica de modo alguno la privación para una de las partes, los trabajadores, de los derechos que la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales les reconocen como ciudadanos, ya que, ni la libertad de empresa ni ningún otro derecho pueden legitimar que quienes prestan servicios en relación de dependencia deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

Al respecto, me permito señalar, que desde que se incluyeron los Derechos Sociales en la Constitución, también se rediseñó la legislación para proteger al trabajador, lo que significa que esta tutela forma parte de los deberes del Estado y que el cumplimiento de este deber está íntimamente ligado al tipo de Estado concebido en la misma Carta Magna. En el caso de verificarse alguno de los ilícitos tratados en la presente ponencia –la discriminación en el ámbito laboral y el mobbing–, los bienes jurídicos afectados son: la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la integridad física, psíquica y moral del trabajador, el derecho a la intimidad personal y a

la propia imagen, y el respeto a la honra, a no ser discriminado ni recibir trato degradante.

Consecuentemente, como señala MOLINA, el hostigamiento en el ámbito laboral –y agrego a carácter personal, la discriminación– evidencia un problema social derivado de la falta de democracia en la vida cotidiana del trabajador y en su organización de trabajo, que sólo puede ser resuelto con la restauración de la dignidad del trabajador como persona y como ciudadano<sup>1</sup>.

En lo que a legislación respecta, resulta de meridiana claridad que la finalidad perseguida por las pocas normas que abordan las problemáticas a tratar en la presente ponencia es primordialmente reparadora. Las leyes tratan de reparar económicamente a los trabajadores víctimas de estos fenómenos, incluso aquellas que con carácter novedoso ofrecen mecanismos de protección para paliar la situación, tienen poca aplicación verdadera en la práctica.

Por eso, y si bien cabe destacar que en la actividad jurisdiccional ante la ausencia de normativa, se ha adaptado trasladando la finalidad protectoria de la legislación laboral a los casos de mobbing, por lo general, esto sucede cuando la relación se ha disuelto como consecuencia del acoso o de la denuncia del mismo.

Es por lo mencionado, que surge el interrogante sobre qué pasaría si el trabajador pretendiera mantener su fuente de trabajo y que cese la situación de acoso o discriminación. Justamente, esa respuesta es el objetivo del presente trabajo, que se desarrolla en miras de brindar alternativas reales frente a este supuesto, mediante la aplicación de vías procesales ingeniosas y poco estudiadas como mecanismos válidos y satisfactorios.

Es ante esta pregunta que el análisis de las medidas cautelares ocupan un papel central. Ya sea por a su rol de garantizar las resultas de los procesos a pesar de los tiempos de la justicia, como por la potestad de permitirle a los jueces asumir una nueva postura, incorporando los mecanismos que se le facilitan y los objetivos del legislador al momento de la sanción de la norma.

A fin de poder aplicar correctamente la medida, va a resultar necesario hacer una distinción entre los distintos tipos de cautelares que se encuentran a disposición de los justiciables y conexamente, los alcances y las limitaciones que acarrearán cada uno de ellos. Tendré que dilucidar, a tal fin, la naturaleza propia de cada instituto a tratar y sus características principales; puesto que –puedo anticipar–, no todos serán de igual efectividad práctica.

De lo dicho se desprende que no tendrá el mismo sentido práctico la noción de las medidas cautelares como un todo que el estudio que requiere un grado de especificidad en su concepción. Tampoco, consecuentemente, resultará irrelevante la definición que adquieran las medidas anticipatorias. Esta observación, que llevará gran

---

<sup>1</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”, revista: *Aranzadi Social*, TOMO V, 2001, ciudad: s/d, editorial: s/d, p. 1134.

parte del desarrollo del presente, implica un cambio sustancial en la adopción de los procedimientos cautelares, por lo menos, en lo que al Derecho del Trabajo respecta.

Me parece importante, plantear algunas cuestiones a esclarecer de forma posterior, para generar cuestionamientos y críticas, desde el primer acercamiento al tema. Esto, sin dudas, es el objetivo implícito de este trabajo: desarrollar, a partir de la reflexión y comprensión de los fenómenos, nuevos mecanismos de protección y tutela en favor de la parte débil de la relación laboral: el trabajador.

Abriré entonces, algunas preguntas, a modo de generar una primera aproximación crítica a estos planteamientos: ¿Las normativas vigentes prevén mecanismos aplicables realmente? ¿Existe una real tutela de los trabajadores víctimas de hostigamiento o discriminación? ¿Serán las medidas cautelares contempladas en el Código Procesal las indicadas para solucionar los nuevos fenómenos del Derecho del Trabajo? ¿Qué función pueden cumplir las medidas genéricas? ¿Existe un criterio uniforme que brinde seguridad jurídica al respecto? ¿Cuál es el alcance de las medidas innovativas? ¿Cuál es la situación particular que permite salvaguardar la medida anticipatoria? ¿Tiene implicancias prácticas la definición que se otorgue a cada instituto?

Así, con la intención de cubrir el vacío legal existente y su consiguiente imposibilidad de resolución de casos concretos, intentaré hacer un cuestionamiento profundo de la doctrina conservadora, propiciar fundamentos para la adopción de la doctrina moderna, y en definitiva, brindar alternativas aplicables.

Para finalizar con la presentación de los temas a abordar y a modo de puntapié para la exposición venidera, considero que es de vital importancia tener en cuenta que cuando Santo Tomás de Aquino interrogaba sobre el fin de la justicia como valor, se contestaba con una manifestación que sintetiza perfectamente el fin de la misma: si la justicia no se concreta en la realidad, no funciona como tal. Y eso es lo que se pretenderá lograr.

## **1. MEDIDAS CAUTELARES. ASPECTOS GENERALES**

A fin de comenzar el desarrollo de los temas abarcados en la presente ponencia, resulta de sumo interés, realizar una conceptualización de la noción general a tratar: la medida cautelar. Esto, toda vez que importa una comprensión básica del género, servirá de fundamento futuro a las especies presentadas.

Etimológicamente, la palabra medida implica prevención o disposición; entendiéndose como equivalente a un conjunto de precauciones y herramientas tendientes a evitar un riesgo. Trasladando la concepción al campo jurídico, resulta comprensiva de aquellas medidas creadas por el legislador con el propósito de lograr que la parte vencedora en un proceso judicial no resulte menoscabada en su derecho.

En orden de estas razones, el derecho procesal, conjuntamente con los procesos de cognición y de ejecución, incorpora otra actividad jurisdiccional con finalidad auxiliar

y subsidiaria, tendiente a asegurar la eficacia y garantía de los primeros; es decir, las medidas cautelares están destinadas a garantizar los resultados de los procesos, así como también, a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, señala como requisitos generales y comunes a todas las medidas cautelares, la presunción de verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y, a fin de mantener la igualdad de los justiciables, ofrecer una caución suficiente al momento de solicitarlas.

A continuación haré un breve desarrollo de estos requisitos, con el mero fin de clarificar los conceptos vertidos posteriormente en el presente trabajo:

a) La verosimilitud del derecho (“*fumus boni iuris*”). Es la apariencia –la presunción de la existencia– del derecho que se reclama como propio. No se trata de una certeza absoluta, sino por el contrario, el peticionante deberá acreditar que existe un alto grado de probabilidad que la sentencia definitiva reconozca el derecho en que se funda su pretensión<sup>2</sup>.

b) El peligro en la demora (“*periculum in mora*”). Es el temor fundado de que el derecho invocado se frustre o minorice, durante la sustanciación del proceso tendiente a su reconocimiento y efectivización. Como ocurre con la verosimilitud del derecho, la justificación del peligro se conforma con una simple acreditación sobre la probabilidad de que el derecho se frustre. No se exige conocimiento pleno o prueba definitiva que, como se dijo, es propio del juicio principal.

Por su naturaleza, PODETTI, encuadra este presupuesto en el interés jurídico que justifica a las medidas cautelares, puesto que se otorgan para disipar un temor de daño inminente, cuya justificación surgirá de la propia naturaleza de la pretensión y de los hechos en los cuales se funda<sup>3</sup>.

c) La contracautela. Consiste en la garantía que deben suministrar quienes solicitan una medida cautelar a fin de asegurar la reparación de los daños que, pueden ocasionarse respecto al afectado, cuando hubiese sido decretada indebidamente. La razón de ser de tal requisito se funda en el principio de igualdad, ya que se persigue el equilibrio entre las partes vulnerado al postergar la bilateralidad, teniendo en cuenta que las medidas cautelares se decretan “*inaudita parte*”.

Se ha puntualizado en el desarrollo doctrinario que la contracautela no se presta a los resultados del juicio sino exclusivamente de la medida cautelar, por lo que debe limitarse a cubrir la responsabilidad por daños y perjuicios que de ella se sigan; así como las costas generadas únicamente por este proceso. Sin embargo, no resulta un requisito esencial. A fin de fundamentar esta última aseveración basta estudiar el propio Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que enumera una serie de supuestos en los

<sup>2</sup> ARAZI, Roland. “*Derecho Procesal Civil y Comercial*”, 2<sup>da</sup> Ed., TOMO II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 111.

<sup>3</sup> PODETTI, Ramiro. “*Tratado de Medidas Cautelares*” 2<sup>da</sup> Ed., TOMO IV, Buenos Aires, editorial: s/d, 1969, p. 57.

cuales no será exigible: si quien obtuvo la medida fue la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad, una persona que justifique ser reconocidamente abonada, o bien actuase con el beneficio de litigar sin gastos.

En cuanto a su calidad y monto, éstas deben graduarse en correspondencia con el grado de certeza demostrado, es decir, sus alcances están estrechamente vinculados a los requisitos anteriormente descriptos<sup>4</sup>.

## 1.1 La importancia y ponderación de las medidas cautelares

Ya he mencionado en el presente trabajo que las medidas cautelares cumplen un rol fundamental en relación a la finalidad práctica del proceso judicial, cuya efectividad depende muchas veces del alcance y eficacia que se les reconozca.

Las providencias cautelares representan, entonces, una conciliación entre dos exigencias opuestas de la justicia: la de celeridad y la de ponderación. Permiten al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiera dictado inmediatamente.

Sostiene Carbone<sup>5</sup>, que frente a la insoportable duración de los procesos, a la que describe como un virus que no sólo se ha expandido en los países iberoamericanos, el ansiado mejoramiento de los sistemas judiciales depende de una radical transformación de las estructuras políticas y económicas. Aun compartiendo esta premisa, sostengo que existe una alternativa viable para la obtención de pronunciamientos en tiempos razonables: la aplicación de los institutos que abarcaré dentro de este trabajo.

En relación a viabilidad de los mismos, me resulta imperioso destacar la necesidad de que los jueces se comprometan en su nuevo rol; ese que la moderna teoría del activismo judicial les reclama. Para cumplir con este objetivo, la diligencia judicial no debe comprender únicamente la aplicación de la letra de la ley, debe incorporar también los mecanismos que ésta le otorga en calidad facultativa, la congruencia con los propósitos que el legislador ha tenido en miras al momento del dictado de la norma, y la implementación de aquello que surge del análisis de distintos institutos – por analogía– así como de la normativa internacional.

## 1.2 Medidas cautelares nominadas

A fin de realizar una futura diferenciación, es preciso señalar que cuando hablo de medidas cautelares nominadas, me refiero a aquellas medidas precautorias que surgen directa y explícitamente de los Códigos Procesales. A nivel nacional en la República Argentina, están abarcadas en el Capítulo III del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

<sup>4</sup> FALCÓN, Enrique. *“Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”*, 1<sup>era</sup> Ed., TOMO IV, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 124-132.

<sup>5</sup> CARBONE, Carlos. *“Tutela diferencial postcautelar”*, 1<sup>era</sup> Ed., Rosario, editorial: Nova Tesis, 2012, p. 75.



A modo enumerativo: el embargo preventivo, el secuestro, la intervención y administración judicial, la inhibición general de bienes, la anotación de Litis, la protección de personas, la prohibición de innovar y la prohibición de contratar.<sup>6</sup>

### 1.3 Medidas cautelares innominadas

En contraposición al concepto precedentemente descrito, cuando me refiero a medidas cautelares innominadas o genéricas, hago referencia a aquellas que se aplican a supuestos en que no existe una cautelaridad específicamente tipificada. Por consiguiente, son las providencias cautelares que puede dictar el juez atendiendo a las necesidades argumentadas por la parte solicitante, cuando no existe una ley específica que satisfaga las necesidades del aseguramiento. Agregó, que corresponde dictarlas incluso cuando las medidas cautelares nominadas resulten insuficientes o excesivas, según las circunstancias.

Dispone el Art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina<sup>7</sup> que: *“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes –incumbe decir, hace referencia a las medidas cautelares nominadas-, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”*.

De la fuente normativa desprendo que el carácter innominado no la exime de su naturaleza cautelar, y por esto, las medidas genéricas requieren los presupuestos generales de las medidas cautelares para su dictado: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la exigencia de una contracautela.

Resulta importante señalar que el criterio en esta materia es de suma importancia, pues, se asienta en la concepción científica de que el conocimiento de nuevas situaciones jurídicas no puede quedar sujeto a una legislación temporalmente inadecuada<sup>8</sup>. La jurisprudencia ha sido receptiva y concordante con este razonamiento, entendiendo que no sólo las circunstancias prácticas obligan a considerar situaciones especiales, sino que las medidas enumeradas no constituyen un límite a la posibilidad de tomar otras<sup>9</sup>.

### 1.4 Naturaleza de la medida cautelar innovativa.

Dentro del género de medidas cautelares innominadas, ubico a la medida cautelar innovativa. Al referirme conceptualmente a esta especie, debo llevar a cabo la tarea –no menor– de analizar su naturaleza jurídica. Actualmente, la doctrina mantiene una gran

<sup>6</sup> ARAZI, Ronald. *“Derecho Procesal Civil y Comercial”*, 2<sup>da</sup> Ed., TOMO II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 121.

<sup>7</sup> Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley Nacional N° 17.454, Sancionada 20/09/1967, Publicada 07/11/1967.

<sup>8</sup> FALCÓN, Enrique. *“Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”*, 1<sup>era</sup> Ed., TOMO IV, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 483-501.

<sup>9</sup> Argentina, CNCiv., Sala C, 27-11-84, D. J. 1985-2-275.

discrepancia sobre su tenor; difiriendo entre ubicarla conceptualmente como un subtipo de medida nominada o catalogándola como un desprendimiento de las medidas innominadas. Importa esta diferencia, y la posición seguida, para el tratamiento posterior que daré sobre el instituto.

Por un lado, cierta parte de la doctrina las encuadra dentro de las medidas cautelares nominadas, en especial dentro del concepto de “Prohibición de innovar”. Si bien para fundamentarlo hacen uso de la literalidad del Art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “*Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio siempre que: 1) El derecho fuere verosímil. 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.*3) *La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria*”; omiten la incompatibilidad de finalidad, entre unas y las otras.

La medida cautelar de no innovar tiene una finalidad conservadora mientras que la medida cautelar innovativa se orienta a lo opuesto. Incluso PALACIO, que adhiere a la inclusión dentro de la categoría nominada, sostiene que la medida innovativa, a diferencia de la prohibición de innovar *stricto sensu*, no tiende a mantener el status existente, sino a cambiar decididamente el estado de hecho o de derecho vigente antes de su dictado<sup>10</sup>. Entendiendo, en otras palabras, que el ámbito abarcado por la medida innovativa supera ampliamente lo estrictamente establecido para la prohibición de innovar.

Es interesante marcar que parte de la doctrina que sostiene el carácter nominado de la medida innovativa, reconoce, en referencia a ellas, que se trata de medidas cautelares de carácter residual o subsidiario que requieren para su demostración un presupuesto diferente a los requeridos en las medidas cautelares nominadas: la demostración de que no existe otra medida cautelar idónea para asegurar los bienes o las personas involucradas en la Litis es cuestión<sup>11</sup>. No obstante tal reconocimiento, en consideración personal, estos autores se equivocan en clasificarlas como medidas nominadas. En otras palabras, registran la incompatibilidad y se esfuerzan, con poco sentido –mucho menos a los fines prácticos–, a apegarse a la literalidad del Código Procesal; desconociendo por esto, la necesidad de adaptación de las normas de acuerdo a la evolución social y jurisprudencial.

Por otra parte, y en la posición en la que me encuadro a raíz de los argumentos que se expondrán en adelante, un enfoque doctrinario moderno y diametralmente opuesto enseña que la medida cautelar innovativa se encuentra por fuera del alcance del Art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ya mencionado. Es decir, la ubica como una medida cautelar receptada judicialmente por aplicación del Art. 232 –medidas cautelares genéricas–.

<sup>10</sup> PALACIO, Lino. “*Manual de Derecho Procesal*”, 17<sup>ma</sup> Ed., Ciudad: s/d, editorial: Abeledo Perrot, 2003, pp. 771-801.

<sup>11</sup> KIELMANOVICH, Jorge. “*Medidas Cautelares*”, 1<sup>er</sup> Ed., Rosario, Editorial: Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 373.

Por lo dicho anteriormente, y pese a que una parte de la doctrina se niegue a considerarlas como una diligencia precautoria excepcional, que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, es que sostengo que exceden el marco de la regulación en cuanto a medidas nominadas se trata.

Su carácter excepcional se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de la libertad de los justiciables; sea a través de una orden para que cese una actividad contraria a derecho o a fin de retrotraer la consecuencia de un proceder antijurídico a su estado anterior.

Conviene poner el acento en que dicha diligencia cautelar –a diferencia de la generalidad en la que incurren las cautelares nominadas– no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga un *status quo*. Va más allá, ordenando, sin que concorra sentencia firme de mérito, que una de las partes haga o deja de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente. Esto, resalto, genera que la concepción como contracara de la medida genérica de no innovar, resulte estrecha y superable; no sólo por la extensión del poder jurisdiccional, sino porque en algunos supuestos puede llegar a ser menester que, cautelarmente, se disponga la generación de una nueva situación distinta de cualquier otra preexistente<sup>12</sup>.

En el mismo sentido, expone DI IORIO, refiriéndose a las medidas cautelares innominadas, que ellas no sólo habilitan a adoptar una medida absolutamente diferente de las reguladas en el Código Procesal, sino que también admiten una flexibilidad en el otorgamiento de las previstas mediante su adaptación a las particulares situaciones de hecho que se tienen en mira, o en la combinación de dos o más medidas<sup>13</sup>. En consecuencia y aun cuando puedan existir reparos, es conveniente incluso para su tratamiento jurisprudencial y doctrinario, la separación de los conceptos entre las medidas cautelares de prohibición de innovar y las medidas cautelares innovativas.

En idéntica orientación, agrega FASSI, que a falta de regulación específica de la medida innovativa, se la puede obtener acudiendo a la normativa del Art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial<sup>14</sup>; esto sin desmedro de que por razones de seguridad jurídica, se la debiera incluir expresamente en el mencionado código, precisando debidamente sus requisitos para evitar interpretaciones dispares.

Para finalizar la argumentación, conviene señalar la posición de GOZAINI respecto de las medidas anticipatorias innovativas. Explica él que si la situación planteada excede el marco común de las cautelares y se inserta en los supuestos en los cuales es necesario disponer de ciertas medidas de excepción a los efectos de satisfacer una necesidad de aseguramiento provisional y específica y a cuyo respecto resulten insuficientes o excesivas las medidas precautorias expresamente contempladas en la ley

<sup>12</sup> PEYRANO, Jorge. “Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes”, publicado en JA 1995-IV-680.

<sup>13</sup> DI IORIO, Alfredo. “Temas de Derecho Procesal”, 1<sup>ra</sup> Ed., Ciudad: s/d, editorial: Depalma, 1985, p.118.

<sup>14</sup> FASSI, Santiago; YAÑEZ, César. “Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado”, 3<sup>ra</sup> Ed., TOMO II, Buenos Aires, Editorial: ASTREA, 1989, p. 193.

procesal, el juez tiene facultades y atribuciones para adoptar medidas urgentes de tal índole con el fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia conforme con lo dispuesto en el Art. 232 del Código Procesal<sup>15</sup>. De lo antedicho se desprende el carácter particular de la medida anticipatoria, sin embargo un análisis del instituto tratado permite deducir que de manera paralela deberá ser tratada particularmente la medida innovativa. Es decir, por añadidura, la medida cautelar innovativa deberá ser tratada de forma diferenciada de la medida de prohibición de innovar; con el objeto de poder, posteriormente, tratar de forma aislada a las medidas anticipatorias innovativas.

A modo de corolario y sin que esto signifique acabar con los fundamentos para el tratado de la medida cautelar innovativa como un desprendimiento de la medida cautelar genérica, sostengo la importancia conceptual y práctica de tal perfeccionamiento de la técnica procesal.

## 2. MEDIDAS ANTICIPATORIAS. FUNDAMENTOS

Las medidas cautelares, a las que vengo haciendo referencia, persiguen el fin de garantizar el buen fin de proceso; no significando en sí mismas, una respuesta actual, satisfactiva del interés sustancial controvertido. Pero la utilidad de la respuesta jurisdiccional no siempre puede salvaguardarse generando, de modo conservatorio o innovativo, las condiciones que permitan más tarde la satisfacción de ese interés involucrado. A veces, si el interés no se satisface inmediatamente, no se podrá satisfacer nunca.

Esta imposibilidad es el puntapié a la formación doctrinaria del concepto de medidas anticipatorias. La tutela anticipada, como también se la ha denominado, faculta al juez para pronunciarse tempranamente frente a un proceso ya iniciado, otorgado toda o parte de la pretensión requerida por el accionante. Tal resolución se encuentra supeditada a la resolución del proceso, vale aclarar, a la sentencia definitiva del mismo.

A modo clarificador y aprovechando la introducción de éste instituto en la normativa positiva –lo que no sucede en la mayor parte de la legislación nacional–, señalo lo indicado por el Art. 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa<sup>16</sup>: *“Tutela anticipatoria. Procedimiento. El juez podrá anticipar, luego de la traba de la Litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) Existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 2) Se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría. 3) Se efectivice contracautela suficiente. 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento. Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y*

<sup>15</sup> GOZAINI, Osvaldo. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado”, 2<sup>da</sup> Ed., TOMO I, Buenos Aires, editorial: La Ley, 2006, pp. 660-661.

<sup>16</sup> Argentina, Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa, Ley 1828, publicada: 12/03/1999.

*sin otra sustanciación, resolverá. El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto”.*

A partir de lo expuesto, en la actualidad podemos hablar de dos tipos de medidas innovativas: las que se conceden con carácter “cautelar” y tienden a asegurar el resultado práctico de otro proceso; y aquellas otras que bajo el nombre de “medida innovativa” –sin serlo estrictamente– se libran como “tutela anticipada” y otorgan en forma anticipada, total o parcialmente, el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda.

A pesar de lo dicho, en la práctica, no es fácil encontrar las diferencias entre ambos institutos, por cuanto contienen una estrechísima similitud y producen muchas veces idénticos efectos, que hacen que la línea divisoria entre ambos resulte difícil de trazar<sup>17</sup>.

## 2.1. El perjuicio irreparable. Un requisito propio de este instituto.

Es cierto que el abordaje en los institutos cautelares, así como en el instituto de la tutela anticipada, está plagado de discrepancias doctrinarias que convierten la introducción en los mismos, en una tarea harto complicada. Pese a eso, no podemos perder el eje del presente trabajo –el cual creo necesario remarcar a esta altura–, con el fin de una adecuada comprensión de los conceptos: se parte de la concepción de las medidas innovativas como una especie de medidas cautelares innominadas, por considerar que su extensión supera la definición que la esboza como la contracara de la medida cautelar de no innovar; y a su vez, establecí seguidamente, que las medidas anticipatorias tienen un fin diferente a la pretensión cautelar llana, buscan satisfacer directamente las pretensiones realizadas.

No obstante lo expuesto, y con motivo de las discrepancias enunciadas, la doctrina las ha tratado como especies de las medidas cautelares innovativas, entendiendo a éstas como incluidas dentro de las cautelares nominadas o no. Por lo mismo, al hacer mención al requisito típico de este instituto, soslayaré la diferente denominación que se la ha dado, –aunque sin dejar de hacer mención al punto de abordaje– y me centraré en el análisis del presupuesto particular: el perjuicio irreparable.

El perjuicio irreparable (“*periculum in damni*”) consiste en que la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar, ocasionaría de subsistir, un daño irreparable al pretensor; siempre entendiéndolo desde un ángulo estrictamente realista, puesto que en la teoría cualquier daño puede ser monetariamente resarcido<sup>18</sup>. Dicho de otro modo, el perjuicio irreparable procede cuando el daño que acaecería no podría ser indemnizado, sin por esto verse menoscabado. A fin de ilustrar vagamente la

<sup>17</sup> MORELLO, Augusto, SOSA, Gualberto, BERIZONCE, Roberto. “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. De Bs. As. y de la Nación, comentados y anotados”, 2<sup>da</sup> Ed., TOMO II-C, Ciudad: s/d, editorial: Editorial Platense, 1988, p. 469.

<sup>18</sup> PEYRANO, Jorge. “Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes”, publicado en JA 1995-IV-680.

definición, resultará aplicable la medida anticipativa en el caso de un trabajador que reclama, por un accidente sufrido en ocasión de trabajo, que la Aseguradora de Riesgos de Trabajo cubra determinada operación mientras se dirime en el proceso de fondo la responsabilidad de la misma. La no procedencia de la medida implicaría, entre otros supuestos, el deterioro de la salud del reclamante.

En consecuencia con lo expuesto, el perjuicio irreparable opera sólo cuando la cautelar innovativa deviene en sentencia de mérito anticipada. Contrariamente, cuando se está frente a una diligencia innovativa pura y simple –de carácter cautelar– no será exigible.

En la posición adversa, quienes no reconocen la tutela anticipatoria como un instituto ajeno a las medidas cautelares, rehúsan la exigencia del requisito estudiado. Sostienen que tal cosa es susceptible de generar la creación de una norma judicial adversa al acogimiento de la medida, así como que reviste una connotación patrimonial y un efecto que la acota indebidamente; y concluyen que el requisito concerniente al peligro en la demora, común a todas las medidas cautelares e implícitamente previsto en el Art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cubre con sobrada amplitud la extensa gama de daños involucrados en el otorgamiento de la medida, pues compete no sólo los perjuicios económicos sino también los físicos, psíquicos y morales<sup>19</sup>.

En las antípodas de esta creencia, sostengo que la diferenciación de los institutos resulta un mecanismo más que importante a los fines de la implementación práctica de las medidas anticipatorias. Existe sobrada prueba, en los Tribunales Argentinos, de denegaciones de tutelas anticipatorias por considerar contraria a la naturaleza cautelar el otorgamiento de pretensiones idénticas a las debatidas en la cuestión de fondo. Subrayo, entonces, la importancia de comprenderlos como dos unidades diferentes y con alcances disímiles<sup>20</sup>.

## 2.2 Diferenciación con las medidas cautelares.

Para explicar la diferencia, creo fundamental entender cuál es su vínculo, y qué es lo que genera el debate doctrinario sobre estas nociones. Tanto en las medidas cautelares innovativas como en las providencias que deciden interinamente una relación controvertida, la resolución que se dicta en forma favorable no implica decidir concretamente sobre la procedencia del reclamo formulado por el actor. Esto, entiendo, no es menester para considerarlas como partes de una relación género-especie. Por el contrario, sólo configura un nexo de conexión entre ambos.

Si bien la discusión sobre la naturaleza cautelar o no de las medidas anticipatorias se encuentra aún vigente, lo cierto es que el anticipo jurisdiccional no asegura, de modo directo, la eficacia concreta de la sentencia definitiva como lo hacen las medidas

<sup>19</sup> PALACIO, Lino. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”, Edición: s/d, TOMO VIII, Ciudad s/d, editorial: Abeledo Perrot, 2011, p. 36.

<sup>20</sup> Argentina, CNTrab., Sala I, sentencia definitiva en autos “Bernstein, Gustavo c/ Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y otros”, fecha: 29/10/2007; Argentina, CNTrab., Sala II, sentencia definitiva en autos “Simora, Nélica c/ Intervención de la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, fecha: 14/03/2008.

cautelares, sino de la tutela jurisdiccional. En efecto, la sentencia anticipada, constituye un valioso instrumento para cumplir con la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva y en tiempo oportuno, que consagran los tratados de Derechos Humanos<sup>21</sup>.

Además, en relación a las partes, cabe mencionar dos contingencias diferenciales. En primer lugar, la aplicación del Principio de Bilateralidad: puesto que las medidas anticipatorias únicamente proceden una vez producida la traba de la Litis, mientras que las medidas cautelares proceden en cualquier momento del proceso –incluso antes de iniciada la demanda–. En segundo término, debo apuntar que las medidas cautelares podrán ser concedidas a pedido de cualquiera de las partes intervinientes en el litigio, por el contrario, las sentencias anticipatorias sólo puede tener lugar a pedido del actor.

### **2.3 Diferenciación con las medidas autosatisfactivas.**

De manera escueta, puesto que no es el tema que me ocupa en el presente, definiré las medidas autosatisfactivas como aquellas que corresponden a un proceso autónomo, que no es ni provisorio (como las medidas anticipatorias), ni accesorio (como las medidas cautelares). En efecto, son una solución urgente no cautelar, despachables *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Poseen la característica de que si vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal<sup>22</sup>.

Si bien la doctrina, en apoyo a este tipo de procesos, los ha alentado calificando la institución de indistintas maneras: tutela anticipatoria, cautelar material, cautelar innovativa; cabe destacar, no debe ser esto impedimento para entenderlas como un instituto particular, autónomo y diferenciado de los ya mencionados. Tal afirmación tiene como fundamento principal la satisfacción total de la pretensión en este tipo de procesos, frente a la satisfacción total o en parte, supeditada a la sentencia definitiva que presentan las medidas anticipatorias, y frente al mero resguardo de la eficacia efectiva de los procesos que significan las medidas cauteles.

### **2.4 Debate doctrinal acerca de la constitucionalidad de las mismas.**

La Constitución de la República Argentina, estatuye un sistema constitucional que pone en igualdad de jerarquía con a ella misma, a los Tratados de Derechos Humanos a los que adhiera la nación (Art.75 Inc.22). Simultáneamente, establece un sistema constitucional abierto a nuevas disposiciones de tal índole; así desde 1994, Argentina adhirió y consecuentemente incorporó a su techo constitucional dos nuevos tratados que ahora son también ley suprema.

Se observa fácilmente, que la vieja idea kelseniana de la “*Pirámide Jurídica*”, se ha modificado por otra que podría ilustrarse como un verdadero “*Trapezio Jurídico*”. Por

<sup>21</sup> DE LOS SANTOS, Mabel. “*La sentencia anticipada*”, *Revista de Derecho Procesal*, 2008-1, Sentencia II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2008.

<sup>22</sup> Definición conceptualizada en el Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la Provincia de Corrientes, Argentina, 1997.

esta razón, en Argentina, cuando se hace referencia a la constitucionalidad de determinado instrumento, se está aludiendo su adecuación respecto de los preceptos receptados en la Constitución propiamente dicha y en los Tratados de Derechos Humanos incorporados.

En lo expuesto encontramos la razón de la constitucionalidad de las medidas cautelares. En primer término, porque derechos otorgados por el “*Bloque Constitucional*” requieren la funcionalidad de distintos medios a fin de ser garantizados; y en segundo término, porque la inteligencia normativa prevé –aun cuando la Constitución no lo declara expresamente– el derecho a la jurisdicción, también denominado derecho a la tutela efectiva. El derecho a la jurisdicción no es otra cosa que el derecho de recurrir ante un órgano judicial en procura de justicia.

El derecho a la jurisdicción no consiste solamente, ni se agota, con el acceso al órgano judicial. Al acudir a él sólo se cumple una primera etapa. El desarrollo subsiguiente importa un despliegue del derecho a la jurisdicción que, fundamentalmente, requiere: que se cumpla la garantía del debido proceso, cuyo meollo radica en el derecho de defensa y que la pretensión se resuelva mediante la sentencia, que debe ser: oportuna en el tiempo, debidamente fundada y justa. Y en este punto radica la función y la legalidad de las medidas anticipatorias.

Cabe destacar que las nuevas corrientes de derecho procesal, en conexión con el derecho a la jurisdicción, vienen hablando del “*acceso a la justicia*” y de la tutela judicial efectiva, con un enfoque que toma en cuenta las disponibilidades reales – incluso materiales – y el costo económico del proceso, en relación con el justiciable.

### **3. NOCIONES GENERALES DEL DERECHO DEL TRABAJO. SU GÉNESIS**

El derecho en general, está dirigido a la composición de los conflictos sociales; durante siglos se prestó trabajo para otros sin que surgiera la necesidad de darle a estas relaciones una normativa especial. Pero esa necesidad aparece con el conflicto social inherente al capitalismo industrial; los intereses de los dueños del capital y de los trabajadores, que cambian su tarea por un salario, son contrapuestos. Y es esa contraposición la que da origen al Derecho del Trabajo.

A su vez, el trabajador comienza a ser considerado como un sujeto de derecho y no como una mera mercancía, siendo necesario estructurarlo dentro de un ordenamiento positivo de carácter proteccionista, a fin de salvaguardar su condición y de dar cumplimiento a los derechos que lo asisten, no sólo de índole laboral, sino como integrante del colectivo social. Esto implica el carácter social del trabajo, así como el rol social que otorga al trabajador, sin dejar de considerar, el carácter alimentario y económico que encierra.

Por lo antes dicho, el Derecho del Trabajo, aparece como un conjunto de normas que, teniendo en cuenta la hiposuficiencia de los trabajadores, busca componer el conflicto a través de la imposición de normas que garanticen la disminución de la tensión a mediante una legislación protectoria. El protagonista de esta rama jurídica es el



hombre de trabajo y consiguientemente, las normas tienen un contenido dirigido a su dignificación<sup>23</sup>.

### 3.1 Raigambre constitucional del Derecho del Trabajo. Garantías.

Con la reforma constitucional del año 1957, se incorporó a la Constitución de la República Argentina el Art. 14 bis, que consagra los derechos garantizados al trabajador, y se añadió al Art. 67 el Inc. 11, que incluyó el Código del Trabajo y Seguridad Social entre los que podía dictar el Congreso Nacional. Luego, con la reforma de la Carta Magna en el año 1994, se ha producido una articulación el mencionado Art. 14 bis con la parte orgánica; pues, le da al Poder Legislativo las pautas concretas para la reglamentación de los derechos sociales. Conjuntamente se introducen, con jerarquía constitucional, una serie de declaraciones y pactos con el fin de ampliar los derechos inherentes a los habitantes del país –vinculados también con el carácter de trabajador de los ciudadanos–<sup>24</sup>, entre los que puedo nombrar a modo de ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El art. 14 bis mencionado, como principal fuente normativa de la disciplina laboral, busca remediar las desigualdades sociales estableciendo garantías mínimas para el trabajo, fundadas en principios de solidaridad, cooperación y justicia; cuando dice “el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes”, fundamenta el principio protectorio alrededor del cual gira nuestra disciplina.

Está compuesto de tres partes: derechos del trabajador en el contrato de trabajo (condiciones dignas y equitativas de labor, descanso y jornada limitada, remuneración mínima vital y móvil, protección contra el despido arbitrario y estabilidad del empleado público, estabilidad del representante sindical y compensación económica familiar), de derechos sindicales (organización libre y democrática, derechos de los sindicatos, protección especial) y derechos provenientes de la seguridad social (beneficios integrales e irrenunciables, seguro social obligatorio, jubilaciones y pensiones móviles y protección integral de la familia).

### 3.2 Principios generales del Derecho del Trabajo. Principio protectorio.

Debo decir que la autonomía de una rama del derecho sólo existe cuando éste tiene principios propios, diferentes a los que inspiran otras ramas. Son líneas directrices o postulados que le dan determinado sentido a cada una de las disposiciones que componen el orden normativo laboral; conformando las ideas fundamentales de la

<sup>23</sup> CAUBET, Amanda. “*Trabajo y Seguridad Social*”, 2<sup>da</sup> Ed., Buenos Aires, editorial: La Ley, 2010. pp. 1-24.

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ MADRID, Juan. “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, 3<sup>era</sup> Ed., TOMO I, Buenos Aires, editorial: La Ley, 2007, pp. 341-401.

organización jurídica que resultan indispensables para aplicar correctamente sus normas<sup>25</sup>.

Los principios cumplen una triple función: la de interpretación, la de información y la de integración. Si bien hay divergencias en la doctrina laboralista sobre la clasificación de los mismos, en una comprensión particular que comparto, FERNANDÉZ MADRID –en consonancia con CAUBET– sostiene que el Derecho del Trabajo está regido por un único principio, el principio protectorio y por las reglas de aplicación que de él se derivan.

El principio protectorio que orienta al Derecho del Trabajo tiene su razón de ser en el amparo de una de las partes, el trabajador, a fin de que mediante esa protección, alcance una igualdad sustantiva y real frente a la contraparte, el empleador. A cubrir esa necesidad, apuntan sus reglas de aplicación, a saber: *in dubio pro operario*, la selección de la norma más beneficiosa, la ajenidad e indemnidad respecto del riesgo empresario, la irrenunciabilidad de derechos, la no discriminación, la progresividad, la subsistencia de la condición más beneficiosa, la continuidad de la relación laboral, la primacía de la realidad y la facilitación de la prueba en los procesos<sup>26</sup>.

### 3.3 Carácter social y económico del trabajo.

Conviene poner el acento en que trabajo es el medio de sustento del hombre y de su realización como persona y como integrante de la comunidad a la que pertenece. En el siglo XX se lo ha revalorizado, reconociéndose que tiene contenidos económicos, espirituales y sociales, porque posibilita no solo el acceso a los bienes y la creación de nuevos bienes, sino que promueve también el desarrollo integral del individuo y de la comunidad. De esta manera, la terminación de una relación de trabajo –máxime cuando ésta se produce por la imposibilidad de continuar la relación por la conducta ilícita de pares o superiores– puede ser una experiencia traumática para el trabajador y conjuntamente con la pérdida de sus ingresos ejercer un impacto directo en el bienestar de su familia.

Teniendo en cuenta este carácter, la Organización Internacional del Trabajo reglamenta que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; el ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; la presentación de una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. “Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, 5ª Ed., Buenos Aires, editorial: Astrea, 2004, p. 50.

<sup>26</sup> CAUBET, Amanda. “Trabajo y Seguridad Social”, 2ª Ed., Buenos Aires, editorial: La Ley, 2010. pp. 68-91.

competentes; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; y la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad<sup>27</sup>.

#### 4. DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

Para abordar una de las nuevas problemáticas del Derecho Laboral tratada en el presente trabajo, es menester definir con precisión la terminología, puesto que dentro del estudio nos encontraremos con numerosas conductas con características o efectos similares, pero que no por eso, configuran el supuesto.

Como criterio unificador, utilizaré la definición brindada por la Organización Internacional del Trabajo, que señala que el término discriminación comprende: *“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; y a cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”*<sup>28</sup>.

De lo antedicho se desprende que se configura un trato discriminatorio cuando el trato diferente y peyorativo que se le da a determinada persona (o grupo de ellas) se fundamenta en razones o circunstancias de tipo subjetivo, generalmente vinculada con las características negativas que se atribuyen a los integrantes de un subgrupo particular. Esta valoración –negativa, por supuesto– conlleva implícito un prejuicio segregacionista.

##### 4.1 Fuentes jurídicas internas e internacionales.

Partiendo de la ilustración acerca de los Derechos Humanos desarrollada por BIDART CAMPOS, que los definió como “las facultades o prerrogativas reconocidas fundamentalmente a los hombres, inherentes a ellos por su calidad de persona”<sup>29</sup>, he de destacar que desde el ámbito del Derecho Internacional, se ha sostenido una política clara, concreta y continuada en procura de la defensa y el aseguramiento de del reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos fundamentales del hombre por todos y sin distinción alguna.

Entonces la igualdad jurídica, conducta positiva contraria al ilícito “discriminar” tiene recepción en la normativa supranacional en numerosas declaraciones, convenios y pactos celebrados en y ante los diferentes organismos internacionales. Sólo a modo de

<sup>27</sup> Suiza, Conferencia Internacional del Trabajo – OIT, “*Convenio técnico sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*”, N° 158, entrada en vigor: 22/06/1982.

<sup>28</sup> Suiza, Conferencia Internacional del Trabajo – OIT, “*Convenio fundamental sobre la discriminación (empleo y ocupación)*”, N° 111, entrada en vigor: 15/06/1960.

<sup>29</sup> BIDART CAMPOS, Germán. “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, edición: s/d, TOMO I, ciudad: s/d, editorial: Ediar, pp. 476-480.

ejemplificar, enunciare el Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”<sup>30</sup>.

El respeto del principio de no discriminación, entonces, es otro de los aspectos principales para la protección y promoción de los Derechos Humanos; en razón de ello, todas las personas somos iguales ante la ley y tenemos derecho a igual protección. La igualdad es una condición indispensable para el ejercicio de los derechos, pues, si arbitrariamente se denegase a una persona el goce de algunos de ellos, se incurriría en un trato discriminatorio en yuxtaposición con la violación a la obligación de respetar la prerrogativa en cuestión.

En el orden normativo interno, debo hacer referencia a las dos normativas sobresalientes que operan como base jurídica en lo que la prohibición de discriminación compete. El Art. 16 de la Constitución de la República Argentina que señala que “*no se admiten prerrogativas de sangre ni de nacimiento, así como tampoco fueros personales ni títulos de nobleza, siendo todos los habitantes iguales ante la ley y admisibles en los empleos, sin otra condición que la idoneidad*”<sup>31</sup>; y la ley 23.592 de “Actos Discriminatorios”, que en su Art. 1 establece que “*quien impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre las bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados*”<sup>32</sup>.

En lo estrictamente vinculado con el Derecho del Trabajo, es fundamental hacer mención a la normativa especial que protege al trabajador en el ámbito privado y a aquella que protege al trabajador cuya actividad de dependencia se encuentra enmarcada en el sector público.

En primer término es preciso señalar la Ley de Contrato de Trabajo<sup>33</sup>, que rige las relaciones de carácter privado. Dentro de esta norma es fructífero destacar el Art. 17 sobre la prohibición de hacer discriminaciones, que indica: “*por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad*”; y el Art. 81 sobre igualdad de trato, que expresa: “*el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador*”.

<sup>30</sup> Francia, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 217 A (III) “Declaración universal de Derechos Humanos”, 10/12/48.

<sup>31</sup> Argentina, Cámara de Diputados y Senadores, reunidos en Congreso promulgan la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), promulgada: 03/01/1995.

<sup>32</sup> Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 23.592, “Actos discriminatorios”, promulgada: 23/08/88.

<sup>33</sup> Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 20.744, “Ley de Contrato de Trabajo”, texto ordenado por Decreto 390/1976, 13/05/1976.

En segundo término, en referencia a las relaciones localizadas en el ámbito del empleo público, a nivel nacional, debo precisar que la ley marco de regulación de empleo público nacional<sup>34</sup> en su Art. 24 consagra: “*El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones, sin perjuicio de las que en función de las particularidades de la actividad desempeñada se establezcan en las convenciones colectivas de trabajo: (...)Desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

#### **4.2 Tratamiento jurisprudencial actual. Imposibilidad de prevenir el daño. Incompatibilidad con preceptos normativos.**

En la actualidad, en la República Argentina, la jurisprudencia en muchos casos se ha hecho cargo de versar por el cumplimiento del axioma constitucional y supranacional, en lo que a conductas discriminatorias trata<sup>35</sup>. Aun así, esto resulta en la práctica una solución muchas veces extemporánea. La inteligencia legislativa otorga soluciones plausibles pero que no logran evitar el perjuicio ocasionado al sujeto víctima de discriminación. En la mayoría de los reclamos, se termina reconociendo el hecho ilícito y otorgándole al damnificado, en calidad de acreedor, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Esa reparación, incluso cuando se otorga de forma integral, contemplando el daño moral, resulta un alivio meramente económico. No obsta como reparación precisa de la conducta dañosa y mucho menos aun evita el martirio que sufre quien es víctima en este tipo de situaciones.

La indemnización, aun integral, como mencioné, no aplica como factor de protección, sino como reparación *ex post*, en contraste con los preceptos normativos que permiten al sujeto gozar de la igualdad ante cualquier situación fáctica.

#### **4.3 Aplicación de medidas cautelares innominadas como posible solución a la problemática.**

En este apartado –así como en los apartados 4.4, 5.2 y 5.3–, me encuentro frente a la posibilidad de plasmar uno de los objetivos del presente trabajo. Sugeriré, en consecuencia, opciones a fin de brindar una solución a la problemática de la discriminación laboral mediante la implementación de medidas cautelares innominadas.

De forma previa a la exposición, debo poner el acento en que éstas no son las únicas alternativas elaborables; pero considero que deben ser un puntapié para el estudio y el análisis de otras formas, ante la ausencia de legislación y la inexistencia –casi total– de su requerimiento por parte de los abogados y de la concesión por parte de la Justicia Laboral argentina. Lo antedicho cabe también para el estudio en el derecho comparado, puesto que a nivel mundial, existen muy pocos mecanismos de tal índole a favor del trabajador víctima de discriminación.

<sup>34</sup> Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 25.164, “*Ley marco de Regulación de Empleo Público Nacional*”, promulgada: 06/10/1999.

<sup>35</sup> Argentina, CNTrab., Sala I, sentencia definitiva en autos “P. S. L. c/ La Pompeya S.A. s/despido”, 21/09/2011.

En consecuencia, el trabajador profanado en su derecho, podrá requerir una medida cautelar innominada de carácter innovativa, que ordene al presunto victimario que cese en los actos de perturbación o discriminación. Es importante resaltar que se trata de una medida cautelar, puesto que se dictará de manera provisoria, ya que no podrá limitar la conducta de un sujeto –en este caso el victimario– de forma permanente sin una sentencia que reconozca la vulneración de derechos que implica tal acción; además posee carácter cautelar por perseguir un fin distinto a la pretensión de fondo –trabajar en condiciones dignas y la reparación por los daños sufridos–. A partir de ello, convengo que posee carácter innovativa –y por esta razón se encuentra dentro de las cautelares innominadas–; su intencionalidad no es la de mantener el *status quo* de la situación, sino por el contrario, pretende una modificación –innovación– en las conductas realizadas por una persona o grupo de ellas determinadas.

A fin de abarcar otra alternativa posible en miras de tutelar los derechos del trabajador, se podrá requerir como medida cautelar innominada –ya que no es una cautelar expresamente comprendida en el Código Procesal y por lo tanto posee un carácter residual–, la intervención de un veedor judicial en el ámbito laboral donde se produce el quebranto de los derechos e igualdades jurídicas de la víctima. Este mecanismo, que proviene del Derecho Societario y faculta al juez para ordenar cautelarmente la intervención de una sociedad mediante la designación de un veedor, de un coadministrador o de un administrador, es aplicable por analogía a esta eventualidad del Derecho Laboral. El objetivo es controlar, mientras se desarrolle el proceso, que no existan hechos configurativos de discriminación y al mismo tiempo, que se mantenga la relación laboral.

#### 4.4 Diligencia de medidas anticipatorias como instrumento de tutela de derechos.

Como he sostenido, la confusión doctrinaria sobre el carácter dependiente de las medidas cautelar o el carácter como instituto autónomo de las medidas anticipatorias, ha generado que en la práctica se denieguen este último tipo de medidas. La poca inteligencia actual de la norma procesal se suma al rol pasivo que se empeñan en mantener muchos magistrados, operando en desmedro de los derechos del trabajador. Por esta razón, me parece oportuno repetir y subrayar la importancia de considerar a las medidas anticipatorias como un mecanismo con particulares y alcances diferentes a las características y eficacias de las medidas cautelares; de manera contraria, se seguirá denegando tal tutela, porque el objeto de la misma coincide con el del juicio ordinario, circunstancia que aducen, desvirtúa el instituto cautelar<sup>36</sup>.

Para concretar, el trabajador que ha sido despedido por causas fundadas en discriminaciones de cualquier tipo, podrá solicitar la nulidad del acto y conjuntamente, requerir una medida anticipatoria a fin de ser reinstalado en su puesto de trabajo. Vale fundamentar la petición de nulidad del acto en cualquiera de las fuentes enumeradas en este trabajo, como la ley 23.592, y en aquellas que en razón de la brevedad no se han

<sup>36</sup> Argentina, CNTrab., Sala III, sentencia definitiva en autos “Christensen, Viviana S. c/ Automóvil Club Argentino”, 12/03/2008; Argentina, CNTrab., Sala de ferias, en autos “Castia, Ricardo y otros c/ Alto Paraná S.A. s/ amparo sindical”, 31/07/2011.

mencionado. Los efectos de la nulidad son la restitución íntegra en el puesto de trabajo, consistiendo entonces, en situar las cosas tal y como estaban antes de producirse el ilícito, mediante la readmisión forzosa del trabajador.

A su vez, es preciso señalar que en este caso, estoy abordando una pretensión anticipatoria, toda vez que su fin indudablemente coincide con el objeto de debate en el proceso principal. Además, su aprobación no significará de ningún modo, la satisfacción total y permanente de la demanda –como sucede en el caso de las medidas autosatisfactivas–, por el contrario, se dictará en carácter provisorio sujeta a las demostraciones receptadas por los jueces en el juicio ordinario.

Por otra parte, cabe destacar el carácter innovativo de esta medida anticipatoria, ya que busca la modificación de la situación existente, transformando el despido en reinstalación; en su esencia está evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o de imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

#### **4.5 Situación especial en el caso de las mujeres. Vías procesales propuestas.**

A nivel nacional, la Ley 26.485 de “*Protección integral de las mujeres*”<sup>37</sup> en su Art. 26, faculta directamente a los jueces a adoptar medidas cautelares que impidan los actos de violencia. En concreto, se prevé la protección judicial urgente y preventiva (una de las alternativas que vengo desarrollando a lo largo de este trabajo), cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en su Art. 3. Entre los derechos protegidos, figuran algunos que derivan de la relación de trabajo, a saber: una vida sin violencia y sin discriminaciones, la salud, la educación y la seguridad personal, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, el respeto de la dignidad, entre otros.

En consonancia con lo indicado, durante cualquier etapa del proceso el juez interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar medidas cautelares de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia; también podrá decretar medidas anticipatorias<sup>38</sup>.

### **5. MOBBING. ACOSO PSICOLÓGICO EN EL ÁMBITO LABORAL**

A fin de abordar un concepto que me permita introducirme al estudio de este nuevo fenómeno vinculado al Derecho del Trabajo, es probable que transmita más dudas que certezas. Esto, que puede ser observado como una falencia de comprensión, no debe ser entendido de ese modo; por el contrario, deberá ser utilizado como parámetro para pensar nuevos enfoques y reflexionar sobre posibles procedimientos justos a fin de solucionar, en la práctica, este dilema.

<sup>37</sup> Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley Nacional N° 26.485, “*Protección integral de las mujeres*” promulgada: 01/04/2009.

<sup>38</sup> PINOTTI, Mónica. “*Abuso, discriminación y otras cuestiones de género en el ámbito laboral*”, 1<sup>ra</sup> Ed., Buenos Aires, editorial: Vera Arevalo – Visión Jurídica Ediciones, 2014, pp. 142-146.

Fue el experto psicólogo y psiquiatra europeo Heinz Leymanm quien, en la década del 80, dio la primera definición técnica acerca del mobbing, en el Congreso de Hamburgo sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo. Expresó que era el encadenamiento, a lo largo de un periodo de tiempo relativamente corto, de conductas hostiles consumadas, expresadas o manifestadas por una o varias personas hacia una tercera, la víctima, con el objeto de lograr su exclusión laboral<sup>39</sup>.

Partiendo de esta enunciación, la conceptualización de mobbing responde a una noción elaborada desde el ámbito de la psicología; coincidiendo desde tal disciplina en describirlo como: “*episodios sistemáticos y reiterados de agresión psicológica urdidos con la finalidad de destruir a la víctima, realizados por una o más personas*”. Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, esto tiene como consecuencia directa la exclusión de la víctima, al menos de forma temporal, del mundo laboral.

El mobbing más allá de representar un tema novedoso, discutible y susceptible de ser analizado desde diferentes puntos de vista, lamentablemente, es una derivación de la violencia laboral que cada vez reconoce más afectados que se esfuerzan por encontrar respuestas en un sistema jurídico que por el momento sólo otorga alternativas de protección.

Desde el punto de vista del Derecho Procesal, es preciso hacer hincapié en la dificultad probatoria que conlleva el mobbing, por cuanto se trata de comportamientos que se desarrollan en el ambiente laboral y pueden desencadenarse en ámbitos o circunstancias donde no existen otras personas que puedan observar el proceso. Justamente por eso, el magistrado que deba dirimir la cuestión planteada no podrá permitir que el formalismo neutralice los objetos tuitivos del derecho de fondo.

Para que la dificultad probatoria no se transforme en impunidad, es imprescindible que se aplique la “Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas”, de manera tal que sobre ambas partes –y no solamente la parte actora–, recaiga la obligación de realizar los esfuerzos posibles para llevar la verdad de los hechos al proceso. En el supuesto de despidos por causa de discriminación, esta desigualdad está contemplada expresamente, y por ese motivo, se establece que el damnificado deberá probar indicios y el empleador deberá probar que la causa de despido no obedece a una discriminación

### **5.1 Ausencia de normativa específica en el orden nacional. Breve reseña de algunas normativas de situaciones análogas al mobbing en los ordenamientos provinciales. Críticas. Ausencia de regulación frente al empleo de carácter privado.**

Ante la ausencia de normativa específica sobre mobbing a nivel nacional, en la República Argentina, me parece conveniente reseñar las fuentes normativas existentes a nivel provincial y municipal; no sin antes aclarar, que la mayoría de estas pautas no

---

<sup>39</sup> BANERA, Jorge. “*La estrategia ante el acoso laboral*”, 1<sup>era</sup> Ed., Buenos Aires, editorial: Ediciones La República, 2009, pp. 31-39.



hacen referencia directa a la figura en cuestión, sino que se limitan a definir conceptos más genéricos como el acoso y el hostigamiento.

a) Provincia de Buenos Aires. La ley 13.168<sup>40</sup> haciendo únicamente referencia a la violencia laboral en el ámbito del empleo público, define como tal al: *“accionar de los funcionarios y/o empleados públicos que valiéndose de su postura jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función, incurran en conductas que atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social del trabajador o trabajadora manifestando algún abuso de poder llevado a cabo mediante amenaza, intimidación, amedrentamiento, inequidad salarial, acoso, maltrato físico, psicológico o social”*.

b) Provincia de Santa Fe. La Ley 12.434<sup>41</sup> considera a la violencia laboral como *“toda conducta activa u omisiva ejercida en el ámbito laboral por funcionarios o empleados públicos que constituya un abuso de poder materializado, inequidad salarial fundada en razones de género, maltrato físico, sexual, psicológico y social del trabajador”*; haciendo extensivo su ámbito de aplicación no sólo a la Administración Pública provincial –centralizada y descentralizada– sino también a las sociedades del Estado, las sociedades de economía mixta y a los poderes legislativo y judicial de la provincia.

c) Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley 1.225<sup>42</sup> entiende por violencia laboral: *“las acciones u omisiones de personas o grupos de personas que, en ocasión del ámbito o la relación laboral, en forma sistemática y recurrente, atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social de un trabajador/a, mediante acoso sexual, abusos, abuso de poder, ataques, amenazas, intimidación, amedrentamiento, inequidad salarial, trato discriminatorio, maltrato físico, psicológico y/o social”*; extendiendo su ámbito de aplicación a todas las relaciones laborales de índole públicas, comprendiendo al personal que presta servicios con carácter permanente, transitorio o contratado de cualquier organismo de los integrados en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de los entes jurídicos descentralizados y de las sociedades estatales. Además, y con carácter novedoso, otorga una protección tanto a las víctimas que denuncian la situación de violencia laboral como a los testigos, presumiendo salvo prueba en contrario, que la cesantía o exoneración y cualquier alteración en las condiciones de empleo que resulte perjudicial para la persona afectada, obedece a su denuncia o participación en el procedimiento relacionado con la violencia laboral, cuando dicha alteración ocurre dentro de los seis (6) meses subsiguientes a su denuncia o participación.

Si bien otras provincias de nuestro país cuentan con regulación específica en cuanto a violencia laboral se trata –puesto que muy pocas de ellas receptan la terminología *mobbing*–, no me parece imperioso abordarlas en particular, ya que los ejemplos

<sup>40</sup> Argentina, Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Ley Provincial N° 13.168, *“Violencia Laboral”*, promulgada: 27/01/2004.

<sup>41</sup> Argentina, Legislatura de la Provincia de Santa Fe, Ley Provincial N° 12.434, *“Violencia Laboral”*, promulgada: 01/08/2005.

<sup>42</sup> Argentina, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley Municipal N° 1.225, *“Violencia Laboral”*, promulgada: 05/01/2004.

planteados y las normativas no detalladas, regulan la contingencia de forma similar. Por añadidura, debo reconocer que, las distintas normativas, carecen de aplicación en el ámbito de las relaciones laborales de carácter privado; por otra parte, los procedimientos preventivos que prevén aluden al ámbito Administrativo, sin contener ninguna de ellas un factor de atribución directo para el requerimiento de una medida cautelar o una medida anticipatoria de la índole de las que se han tratado –y se tratarán– en este trabajo. Es decir, en reglas generales, se limitan a definir –vagamamente– el problema y a establecer sanciones y/o formas de reparación para el trabajador acosado que no inciden de manera cierta en la resolución del problema.

## **5.2 La implementación de medidas cautelares innominadas como mecanismo de protección. Una alternativa al vacío legal**

En primer término, y haciendo referencia a lo indicado en el apartado 4.3, incumbe sostener la posibilidad de aplicar los mecanismos detallados, también, para el supuesto de mobbing. Sin embargo, y con el fin de no agotar el objeto de este trabajo, agregaré otras alternativas.

Por consiguiente, podrá el trabajador víctima de mobbing solicitar la aplicación de una medida cautelar innominada con carácter innovativo tendiente a exonerarlo de su obligación de prestar tareas –una de las obligaciones principales en cabeza del sujeto dependiente de la relación laboral– y seguir percibiendo las prestaciones monetarias que son contrapartida de su puesta a disposición. Es importante manifestar la calidad cautelar de tal medida, ya que sólo dispensa al trabajador de su obligación hasta que se compruebe, o no, la situación denunciada y se devenguen las consecuencias; y esta dispensa, lejos está de ser la pretensión principal de la víctima. Asimismo, reviste carácter innovativo –por lo tanto, teniendo en cuenta los argumentos expuestos, de cautelar innominada– ya que persigue la obtención de una situación nueva distinta a la existente al momento de iniciar la demanda e incluso distinta a la que podría configurar, según una parte de la doctrina, la contracara de la prohibición de innovar.

La descripta, se trata de una conducta de autoprotección ante lo lesivo del hostigamiento y a su vez, constituye otra vía para forzar el cumplimiento debido del contrato laboral, aspirando a la reposición en el puesto de trabajo en condiciones normales, independientemente de la reparación de los perjuicios. Si bien este procedimiento no ha sido intentado, por lo que tampoco ha sido receptado jurisprudencialmente en Argentina, tiene sustento en el derecho comparado –y aún así guarda el carácter de extrañeza por su poca aplicación–; en España, un juez de lo social de Barcelona liberó a la mujer de la “*pesadilla*” de tener que volver al trabajo, en el que era víctima de hostigamiento laboral; y simultáneamente obligó a la empresa a seguir pagándole el sueldo y las cuotas a la Seguridad Social<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> GARCÍA, Jesús. “*Un juez exonera a una víctima de acoso laboral de ir al trabajo*”, *El País*, Sociedad, Barcelona, 24/10/2012, ([http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/10/23/actualidad/1351017666\\_947982.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/10/23/actualidad/1351017666_947982.html)) consultado: 07/07/2014.

Otra alternativa viable que tendrá el trabajador, será requerir por medio de una medida cautelar innominada de carácter innovativa, el cese de las acciones de hostigamiento (de forma similar a lo descrito en el apartado referente a la aplicación de medidas cautelares en caso de discriminación). A pesar del paralelismo, es importante mencionar este requerimiento como opción, puesto que sólo ha habido un caso en la República Argentina en el que se ha receptado; en tal caso se concedió a favor de la parte actora, la pretensión cautelar que pretendía poner fin a las conductas de maltrato ejecutadas por sus empleadores<sup>44</sup>.

Por último, y en caso de que el acoso psicológico haya derivado en un despido directo, la parte damnificada podrá intentar una medida cautelar innominada, con el propósito de suspender provisoriamente la ejecución de tal acto. Vale la pena realizar dos aclaraciones al respecto, en primer término, la situación planteada difiere de la solicitud de nulidad del despido en los casos de discriminación puesto que en este caso, no existe ley que torne anulable el despido, se trata de una mera suspensión de efectos; en segundo término la aplicación de esta medida tiene origen en la diligencia cautelar prevista en el Derecho Societario que permite la suspensión de los efectos de las asambleas, es decir, no tiene efectos permanentes, sino que pospone la ejecución del acto jurídico y permite, en el caso de ser utilizada a los fines laborales tratados, mantener la fuente de trabajo hasta que exista sentencia condenatoria para el acosador.

### **5.3 Medidas anticipatorias tendientes al resguardo del trabajador.**

En el presente punto, haré referencia a la posibilidad de utilizar por parte del trabajador, una facultad del empleador, como medio para descartar de la relación laboral el hostigamiento e igualmente conservar su puesto de trabajo. Con tal propósito, será necesario que se requiera una medida anticipatoria con el fin de que mediante la aplicación del “*ius variandi*” –facultad que tiene el empleador de alterar unilateralmente condiciones no esenciales del contrato de trabajo– se modifiquen ciertas circunstancias de la relación laboral. A modo de ejemplo, podrá el trabajador solicitar el traslado de puesto o de centro de trabajo así como la reordenación o reducción de la jornada laboral.

Es importante considerar este requerimiento como una medida anticipatoria, ya que en caso de aceptarse, conduce a una satisfacción total de la pretensión, de modo provisorio, puesto que permite la subsistencia de la relación laboral y a su vez, evita la contingencia negativa: el mobbing, actuando como tutela anticipada de los derechos que asisten al trabajador.

### **5.4 La necesidad de realizar mecanismos concordantes con la implementación de vías procesales para la preservación de los trabajadores y su puesto.**

En la actualidad, aquel trabajador que efectúa una denuncia de mobbing, realiza una acción más cercana a una expresión de buenos deseos, que a una real posibilidad de

---

<sup>44</sup> Argentina, CCiv.Lab. de la Provincia del Neuquén, SALA I, sentencia definitiva en autos “Barrionuevo, Claudia Cecilia c/ Provincia del Neuquén s/ acción de amparo”, Expte. 329711/2005, 11/04/2006.

hacer visible la situación laboral de acoso que imputa. Por esta causa, resulta imperioso que – conjuntamente con la aplicación de nuevas vías procesales de solución–, el Estado otorgue una protección legal al trabajador, con el objeto de que quien denuncie una situación de acoso laboral, no se encuentre absolutamente desprotegido y a la merced de su victimario. En consonancia con esta necesidad surgen, *a priori*, dos interrogantes que trataré de responder:

¿De qué manera podría ser esto implementado? Concediéndole, por ejemplo, una especie de estabilidad relativa temporal. Pues solo así, mediando una protección, será posible desenmascarar y sancionar el acoso laboral y contar con un ambiente de trabajo decente.

¿A qué protección me refiero? Como mecanismo práctico de prevención, sería oportuno implementar una protección similar a aquella de la que gozan las mujeres embarazadas o los representantes gremiales, quienes una vez que comunican de forma fehaciente la contingencia resguardada, adquieren una estabilidad especial. Es decir, gozaran los trabajadores denunciadores, en el supuesto de asemejarlos a las mujeres embarazadas, de una presunción a su favor en caso de despido, considerándose el mismo como consecuencia de la situación y correspondiéndole consecuentemente una indemnización agravada; o gozaran en el caso de asemejarlos a la situación de a los representantes sindicales, de una estabilidad relativa propia que requerirá, en caso de pretender proceder al despido, de una exclusión judicial de tutela.

Otra iniciativa de salvaguarda, igualmente aplicable, es que en el caso de ser el trabajador despedido como represalia, exista un mecanismo que permita impugnar el despido en un plazo determinado; con el fin de que sea declarado nulo.

## 5.5 Una forma de acoso particular: el acoso sexual y sus implicancias. Aplicación de medidas análogas para su tratamiento.

Siguiendo la Recomendación de la Comunidad Europea 92/131<sup>45</sup>, se debe entender por acoso sexual: “*toda conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afecten la dignidad de las mujeres y de los hombres en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros*”. Por lo tanto, todo comportamiento coactivo – directo o indirecto, verbal o físico– de carácter estrictamente sexual, que no es deseado por la persona a quien va dirigido y afecta, consecuentemente, su dignidad, incidiendo en forma negativa en el ámbito laboral, donde los protagonistas se desarrollan, configura este fenómeno.

A modo de posibilitar la comprensión, al menos de forma escueta, me parece oportuno explicar la amplitud del acoso sexual. Éste puede provenir de un hostigamiento leve, verbal (comentarios obscenos, conversaciones de contenido sexual delante de la víctima, piropos) o no verbal (miradas lascivas e invasivas, gestos obscenos, compulsión de material pornográfico delante de la víctima); así como de un

<sup>45</sup> Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 92/131/CEE, “*Relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo*”, 27/11/1991, publicada: Diario Oficial N° L 049 de 24/02/1992, pp. 1-8, (<http://www.ugt.es/Mujer/artemisa/RECOMENDACION92131.pdf>), consultado: 08/06/2014.

hostigamiento grave (llamadas, insinuaciones, amenazas o promesas sujetas al cumplimiento del deseo sexual del acosador, abuso físico consumado por la fuerza).

Cualquiera sea el tipo empleado, en caso de no ser consentido por la víctima, muchas veces desencadena represalias, consistentes en traslados, baja de salario, quite de permisos, imposibilidad de ascensos, sometimiento a un ambiente de trabajo hostil o despido. Razonablemente, las derivaciones de este tipo de conductas, resultan muy parecidas a las del mobbing, en cuanto reconocen un proceso de victimización y la invariable aparición de patologías psíquicas y físicas; sin dejar de mencionar los síntomas sociales similares que aparecen en quienes son víctimas o transitan por este tipo de ataques, que funcionan como factor desencadenante de un alto nivel de ansiedad, depresión, rechazo a la concurrencia al lugar de trabajo, entre otros<sup>46</sup>.

Si bien existe normativa legal al respecto del acoso sexual –más allá de ser una conducta penalmente tipificada–, ésta es escueta a nivel nacional. En la República Argentina contamos con la Ley 24.632 “*Convención de Belem do Pará*”<sup>47</sup> que define la violencia contra la mujer, incluyendo el acoso sexual, en todos sus posibles ámbitos de aplicación y los derechos tutelados.

Como podemos deducir, resulta insuficiente. Algunos de los carencias que trae aparejada la normativa son: la falta de especificidad en el ámbito laboral, la exclusión del hombre como sujeto plausible de ser víctima del acoso sexual, la inexistencia de mecanismos prácticos de solución y la imposibilidad de continuar manteniendo la relación laboral sin verse sometidas, las víctimas, a las conductas a las que me vengo refiriendo.

Como consecuencia de la exigua normativa y la ausencia de medios procesales de prevención, en innumerables ocasiones el acoso sexual ha sido reconocido en los tribunales del fuero laboral, como causante suficiente y habilitante de despido indirecto y por ende plausible de indemnización por el daño moral producido<sup>48</sup>. Esto, si bien es meritorio, no coincide con las garantías otorgadas por la Constitución Nacional, no posibilita la continuidad de la relación laboral, opera en menoscabo de derechos fundamentales de la víctima y fundamentalmente, no logra revertir o cesar la conducta ilícita.

Por lo expuesto, es inexcusable la necesidad de aplicar procedimientos similares a los aportados en el presente trabajo, también a casos de acoso sexual en el ámbito laboral. A modo de ejemplo, y tratando de no ser redundando con los contenidos ya vertidos, cabe la aplicación de medidas cautelares innominadas en su especie de innovativa, así

<sup>46</sup> ASSAD, Sandra; CONTRERA, Guillermo; CONTRERA, Ileana. “*Mobbing. Hostigamiento psicológico en el trabajo*”, 1era Ed., Buenos Aires, editorial: Gowa Ediciones Profesionales, 2010, pp. 177-180.

<sup>47</sup> Argentina, Honorable Congreso de la Nación Argentina, Ley Nacional N° 24.632, “*Aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de BELEM DO PARA.*” promulgada: 01/04/1996.

<sup>48</sup> Argentina, CNTrab., Sala X, sentencia definitiva en autos: “*B.E.A. c/ Formatos eficientes S.A. s/ despido*”, 13/02/07; Argentina, CNTrab., Sala III, sentencia definitiva en autos: “*D.A.B c/ El parlamento S.A. s/ despido*”, 14/05/08; Argentina, CNTrab, Sala VII, sentencia definitiva en autos: “*G.C.A c/ Cinco al día S.R.L y otro s/ despido*”, 28/10/08.

como la aplicación de medidas anticipatorias (puesto la irreparabilidad de los daños de carácter psíquico y físicos que conlleva el acoso sexual) a modo de tutelar en forma anticipada los derechos que se ven menoscabados durante el lapso que el trabajador sufre este padecimiento.

## CONCLUSIONES

Para finalizar, me parece oportuno a modo clarificador, hacer una síntesis de las proposiciones planteadas durante el tratamiento del presente trabajo.

En primer término quiero señalar que las medidas cautelares como medio de preservación de la eficacia de los procesos, requieren para su dictado la conjunción de tres requisitos básicos: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y el ofrecimiento de una contracautela.

Los recaudos mencionados serán exigidos tanto para el dictado de medidas nominadas –incluidas expresamente en los Códigos Procesales– como para la aplicación de las medidas genéricas, que son aquellas que exceden los límites establecidos en las nominadas o configuran una preservación absolutamente distinta a las contempladas.

En segundo término y en relación con este punto del desarrollo, subrayo que he considerado a las medidas innovativas como medidas genéricas puesto que, entiendo, exceden en cuanto a límites y alcances a la medida de no innovar y por lo tanto, no pueden ser tomadas como su faz positiva. Esta concepción también implica, posteriormente, la posibilidad de demandar la aplicación de medidas anticipatorias de carácter innovativo.

Las medidas anticipatorias a las que me refiero, son aquellas que facultan al juez para pronunciarse, una vez iniciado el proceso, otorgándole en todo o en parte la pretensión requerida al actor; configurando de este modo una tutela efectiva de derechos. He indicado la importancia de considerar a estas providencias de manera aislada de las providencias cautelares, ya que su mera confusión, imposibilita la aplicación de la medida anticipatoria.

La diferencia, radica fundamentalmente en la pretensión que persigue cada uno de estos institutos; mientras la medida cautelar procura salvaguardar la eficacia del proceso, la medida anticipatoria pretende obtención total o parcial –de forma provisoria– del objeto del litigio judicial. Las medidas cautelares, a diferencia de lo expuesto, no podrán tener el mismo fin que el proceso principal; por esta razón, una mera confusión conceptual, conlleva la denegación de la providencia.

Es importante resaltar que la tutela anticipada –ya que su objeto coincide con el objeto principal– requiere la existencia de una exigencia especial: el perjuicio irreparable. Esto significa que no basta con la presencia de los tres requisitos de las medidas cautelares, sino que además, se debe demostrar que la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar, ocasionaría de subsistir, un daño irreparable a la víctima.

En tercer término, partiendo de estudiar los fundamentos científicos y jurídicos del Derecho del Trabajo, analicé profundamente el fenómeno del mobbing y las implicancias de la discriminación laboral, lo que no sólo me permitió revelar la situación de desprotección y de ausencia de normativa, sino que también me permitió establecer una serie de alternativas –mediante la aplicación de medidas cautelares o medidas anticipativas– para hacer frente a estas problemáticas. Sólo a fin descriptivo resumiré: el requerimiento de una medida cautelar innominada de carácter innovativa, que ordene al presunto victimario que cese en los actos de perturbación o discriminación; el requerimiento de una medida cautelar innominada que ordene la intervención de un veedor judicial en el ámbito laboral donde se produce el quebranto de los derechos e igualdades jurídicas de la víctima; el requerimiento de una medida anticipatoria que permita la reinstalación del trabajador despedido por causas de discriminación en su puesto de trabajo; la solicitud de una medida cautelar innominada con carácter innovativo con el fin de exonerar al trabajador de su obligación de prestar tareas y seguir percibiendo las prestaciones monetarias; o en caso de que el acoso psicológico haya derivado en un despido directo, el requerimiento de una medida cautelar innominada, con el propósito de suspender provisoriamente la ejecución de tal acto.

Todo lo expuesto sirve para concluir que el sistema actual de protección juega en desmedro de los trabajadores y que se requiere mucho más que normas de prevención para encarnar una verdadera lucha contra las nuevas problemáticas reinantes en el Derecho del Trabajo. Sólo a partir de que los Estados nacionales y los organismos internacionales tomen real conciencia de tal situación, se podrá generar un nuevo rol, más dinámico y activo, conducente a sosegar la necesidad de implementar medidas concretas con el objeto de corregir las desigualdades. Entre tanto, es precisa la necesidad de desarrollar alternativas viables y seguras para hacer frente a estos problemas.

Esto, dicho de otro modo, implica que no significará una real protección de los derechos de todos los trabajadores que sufran hostigamiento o discriminación mientras no se mecanicen medios alternativos o se sancionen leyes generales y procedimientos claros al respecto.

Por este motivo teniendo en cuenta que el fin último de este trabajo es, además de ofrecer alternativas, generar una conciencia colectiva, me parece oportuno concluir con un párrafo del discurso de Nelson Mandela realizado para el prólogo del Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud de la Organización Mundial de la Salud, del año 2002: *“la violencia medra cuando no existe democracia, respeto por los Derechos Humanos, ni un buen gobierno. (...) En muchas sociedades, la violencia prevalece en tal medida que desbarata las esperanzas de desarrollo económico y social. No podemos permitir que esta situación se mantenga. Muchas personas que conviven con la violencia casi a diario la asumen como consustancial de la condición humana, pero no es así. Es posible prevenirla, así como reorientar por completo las culturas en las que impera. (...)”*.

**REFERENCIAS**

LIBROS / DOCTRINA

ARAZI, Roland. “*Derecho Procesal Civil y Comercial*”, 2<sup>da</sup> Ed., TOMO II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ARAZI, Ronald. “*Derecho Procesal Civil y Comercial*”, 2<sup>da</sup> Ed., TOMO II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ASSAD, Sandra; CONTRERA, Guillermo; CONTRERA, Ileana. “*Mobbing. Hostigamiento psicológico en el trabajo*”, 1<sup>era</sup> Ed., Buenos Aires, editorial: Gowa Ediciones Profesionales, 2010.

BANERA, Jorge. “*La estrategia ante el acoso laboral*”, 1<sup>era</sup> Ed., Buenos Aires, editorial: Ediciones La República, 2009.

BIDART CAMPOS, Germán. “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, edición: s/d, TOMO I, ciudad: s/d, editorial: Ediar.

CARBONE, Carlos. “*Tutela diferencial postcautelar*”, 1<sup>era</sup> Ed., Rosario, editorial: Nova Tesis, 2012.

CAUBET, Amanda. “*Trabajo y Seguridad Social*”, 2<sup>da</sup> Ed., Buenos Aires, editorial: La Ley, 2010.

CAUBET, Amanda. “*Trabajo y Seguridad Social*”, 2<sup>da</sup> Ed., Buenos Aires, editorial: La Ley, 2010.

DE LOS SANTOS, Mabel. “*La sentencia anticipada*”, *Revista de Derecho Procesal*, 2008-1, Sentencia II, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2008.

DI IORIO, Alfredo. “*Temas de Derecho Procesal*”, 1<sup>era</sup> Ed., Ciudad: s/d, editorial: Depalma, 1985.

FALCÓN, Enrique. “*Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, 1<sup>era</sup> Ed., TOMO IV, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2006.

-----“*Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, 1<sup>era</sup> Ed., TOMO IV, Santa Fe, editorial: Rubinzal-Culzoni, 2006.

1.13.FASSI, Santiago; YAÑEZ, César. “*Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*”, 3<sup>era</sup> Ed., TOMO II, Buenos Aires, Editorial: ASTREA, 1989.



FERNANDEZ MADRID, Juan. “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, 3<sup>era</sup> Ed., TOMO I, Buenos Aires, editorial: La Ley, 2007.

GOZAINI, Osvaldo. “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*”, 2<sup>da</sup> Ed., TOMO I, Buenos Aires, editorial: La Ley, 2006, pp. 660-661.

KIELMANOVICH, Jorge. “*Medidas Cautelares*”, 1<sup>er</sup> Ed., Rosario, Editorial: Rubinzal-Culzoni, 2000.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “*La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización*”, revista: *Aranzadi Social*, TOMO V, 2001, ciudad: s/d, editorial: s/d.

MORELLO, Augusto, SOSA, Gualberto, BERIZONCE, Roberto. “*Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. De Bs. As. y de la Nación, comentados y anotados*”, 2<sup>da</sup> Ed., TOMO II-C, Ciudad: s/d, editorial: Editorial Platense, 1988.

PALACIO, Lino. “*Manual de Derecho Procesal*”, 17<sup>ma</sup> Ed., Ciudad: s/d, editorial: Abeledo Perrot, 2003,.

PALACIO, Lino. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”, Edición: s/d, TOMO VIII, Ciudad s/d, editorial: Abeledo Perrot, 2011.

PEYRANO, Jorge. “*Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes*”, publicado en JA 1995-IV-680.

PINOTTI, Mónica. “*Abuso, discriminación y otras cuestiones de género en el ámbito laboral*”, 1<sup>era</sup> Ed., Buenos Aires, editorial: Vera Arevalo – Visión Jurídica Ediciones, 2014.

PODETTI, Ramiro. “*Tratado de Medidas Cautelares*” 2<sup>da</sup> Ed., TOMO IV, Buenos Aires, editorial: s/d, 1969.

RODRIGUEZ MANCINI, Jorge. “*Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, 5<sup>ta</sup> Ed., Buenos Aires, editorial: Astrea, 2004.

## JURISPRUDENCIA

Argentina, CNCiv., Sala C, 27-11-84, D. J. 1985-2-275.

Argentina, CCiv.Lab. de la Provincia del Neuquén, SALA I, sentencia definitiva en autos “Barrionuevo, Claudia Cecilia c/ Provincia del Neuquén s/ acción de amparo”, Expte. 329711/2005, 11/04/2006.

Argentina, CNTrab., Sala X, sentencia definitiva en autos: “*B.E.A. c/ Formatos eficientes S.A. s/ despido*”, 13/02/07; Argentina, CNTrab., Sala III, sentencia definitiva en autos: “*D.A.B c/ El parlamento S.A. s/ despido*”, 14/05/08; Argentina, CNTrab, Sala VII, sentencia definitiva en autos: “*G.C.A c/ Cinco al día S.R.L y otro s/ despido*”, 28/10/08.

Argentina, CNTrab., Sala I, sentencia definitiva en autos “Bernstein, Gustavo c/ Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y otros”, fecha: 29/10/2007; Argentina, CNTrab., Sala II, sentencia definitiva en autos “Simora, Nélica c/ Intervención de la Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, fecha: 14/03/2008.

Argentina, CNTrab., Sala III, sentencia definitiva en autos “Christensen, Viviana S. c/ Automóvil Club Argentino”, 12/03/2008; Argentina, CNTrab., Sala de feria, en autos “Castia, Ricardo y otros c/ Alto Paraná S.A. s/ amparo sindical”, 31/07/2011.

Argentina, CNTrab., Sala I, sentencia definitiva en autos “P. S. L. c/ La Pompeya S.A. s/despido”, 21/09/2011.

#### LEYES

Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley Nacional N° 17.454, Sancionada 20/09/1967, Publicada 07/11/1967.

Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 20.744, “*Ley de Contrato de Trabajo*”, texto ordenado por Decreto 390/1976, 13/05/1976.

Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 23.592, “*Actos discriminatorios*”, promulgada: 23/08/88.

Argentina, Cámara de Diputados y Senadores, reunidos en Congreso promulgan la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), promulgada: 03/01/1995.

Argentina, Honorable Congreso de la Nación Argentina, Ley Nacional N° 24.632, “*Aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de BELEM DO PARA.*” promulgada: 01/04/1996.

Argentina, Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa, Ley 1828, publicada: 12/03/1999.

Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley N° 25.164, “*Ley marco de Regulación de Empleo Público Nacional*”, promulgada: 06/10/1999.

Argentina, Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Ley Provincial N° 13.168, “*Violencia Laboral*”, promulgada: 27/01/2004.

Argentina, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley Municipal N° 1.225, “*Violencia Laboral*”, promulgada: 05/01/2004.

Argentina, Legislatura de la Provincia de Santa Fe, Ley Provincial N° 12.434, “*Violencia Laboral*”, promulgada: 01/08/2005.

Argentina, Honorable Congreso de la Nación, Ley Nacional N° 26.485, “*Protección integral de las mujeres*” promulgada: 01/04/2009.

#### ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS.

GARCÍA, Jesús. “*Un juez exonera a una víctima de acoso laboral de ir al trabajo*”, *El País*, Sociedad, Barcelona, 24/10/2012, ([http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/10/23/actualidad/1351017666\\_947982.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/10/23/actualidad/1351017666_947982.html)) consultado: 07/07/2014.

#### CONVENIOS Y RECOMENDACIONES INTERNACIONALES

Francia, Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 217 A (III) “*Declaración universal de Derechos Humanos*”, 10/12/48.

Suiza, Conferencia Internacional del Trabajo – OIT, “*Convenio fundamental sobre la discriminación (empleo y ocupación)*”, N° 111, entrada en vigor: 15/06/1960.

Suiza, Conferencia Internacional del Trabajo – OIT, “*Convenio técnico sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*”, N° 158, entrada en vigor: 22/06/1982.

Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 92/131/CEE, “*Relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo*”, 27/11/1991, publicada: Diario Oficial N° L 049 de 24/02/1992, pp. 1-8, (<http://www.ugt.es/Mujer/artemisa/RECOMENDACION92131.pdf>), consultado: 08/06/2014.