

**MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DECRETADAS POR LOS JUECES  
CIVILES MUNICIPALES Y DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA**

**DIEGO FERNANDO LINDARTE VARGAS  
JORGE IVÁN MARTÍNEZ MARÍN  
MANUEL FABIÁN SUAREZ NAVARRETE**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA  
FACULTAD DE DERECHO  
2018**

**MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DECRETADAS POR LOS JUECES  
CIVILES MUNICIPALES Y DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA**

**DIEGO FERNANDO LINDARTE VARGAS  
JORGE IVÁN MARTÍNEZ MARÍN  
MANUEL FABIÁN SUAREZ NAVARRETE**

**Dra. EMMA ELVIRA ORTIZ ARCINIEGAS**  
Directora de Proyecto

**Monografía presentada como requisito para optar al título de profesional en  
derecho**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA  
FACULTAD DE DERECHO  
2018**

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradecemos a Dios quien supo guiarnos a lo largo de esta investigación, por habernos dado la sabiduría y las fuerzas para seguir adelante y no desfallecer en los problemas que se presentaban, enseñándonos a enfrentar las adversidades sin perder nunca la Fe.

Gracias a nuestros familiares, parejas, amigos y allegados por ser los principales promotores de este sueño, por todo su amor, comprensión y confianza por medio de la cual obtuvimos su apoyo para seguir adelante en esta hermosa profesión.

A todos aquellos que contribuyeron para que hubiese sido posible la realización de este proyecto, y en especial, a la Dra. Emma Elvira Ortiz Arciniegas y al Dr. Iván Santos Ballesteros por su constante orientación en la construcción de este documento.

## **DEDICATORIA**

Dedico este logro a mis padres y familiares por haberme apoyado económica y anímicamente durante el transcurso de este camino a convertirme en profesional, y por supuesto en el mismo sentido a nuestra asesora de tesis y compañeros ya que sin el apoyo de todas estas personas no hubiese sido posible lograr el resultado deseado, y por ultimo pero no menos importante le extiendo mis gratitudes a DIOS por haberme permitido cursar mis estudios en esta maravillosa institución educativa.

### **Diego Fernando Lindarte Vargas**

A Dios, por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud y conocimientos para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor. A mi madre Sandra, por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su amor. A mi padre Manuel, por los ejemplos de perseverancia y constancia que lo caracterizan y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir adelante y por su amor. A mi hijo Jacob, dedico todas las bendiciones que de parte de Dios vendrán a nuestras vidas como recompensa de tanta dedicación, tanto esfuerzo y fe en la causa misma. A mi Esposa Camila, quien me brindó su apoyo y aliento para continuar, cuando parecía que me iba a rendir. A mis familiares, a mi hermana Lizeth Fernanda por ser el ejemplo de una persona dedicada y de la cual aprendí aciertos y de momentos difíciles; a mi tía Magda y a todos aquellos que participaron directa o indirectamente en la elaboración de esta tesis. ¡Gracias a ustedes! A mis maestros, por su gran apoyo y motivación para la culminación de nuestros

estudios profesionales y para la elaboración de esta tesis, por impulsar el desarrollo de nuestra formación profesional y por apoyarnos en su momento.

**Manuel Fabián Suarez Navarrete.**

Dedico este logro a mi amada familia por el apoyo incondicional e integral que me brindaron en estos años de estudio, por su cariño, sus enseñanzas y especialmente por su paciencia. De manera especial agradezco a mis Padres Jaime Nel y Laura Victoria por su dedicación y empeño en querer verme salir adelante, por su amor siempre sincero y esperanzador, este logro es más de ustedes que mio. A mi hermano Jaime Andrés por su fe en mí y sus palabras de aliento para cada momento difícil no solo de carrera sino de mi vida en general. A mis tíos y primos, en especial a mi tío Mauricio, mi tía Claudia y mi primo Manuel por su cariño, compañía y cercanía desinteresada. A mi novia y compañera de vida Laura Melissa por su amor, su paciencia, colaboración y tolerancia conmigo durante todo este tiempo, por entender mejor que nadie lo que significa este logro para mi vida. Para toda su familia especialmente para sus padres Edgar y Amparo por los momentos de incondicionalidad brindados. Quiero dedicar este proyecto a mis amados abuelos Rafael, Maria Rosa, Jorge y Celina que descansan en paz, especialmente a mi abuelo Jorge por quien llevo este nombre y a mi abuelita Celina a quien extraño con todo el corazón. Finalmente el agradecimiento y dedicatoria más grande e importante para aquel que me regala la vida y todo lo que tengo, para quien siempre ha estado cerca de mi sin dejarme desfallecer y sin el que no sería absolutamente nada, para Dios Todopoderoso.

Y como diría mi mas grandes ídolo musical, Gustavo Cerati, "Gracias.....Totales".

**Jorge Iván Martínez Marín**

## CONTENIDO

	Pág.
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>8</b>
<b>JUSTIFICACIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>1. CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>10</b>
<b>1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>11</b>
<b>1.3 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>12</b>
<b>1.4 PREGUNTA PROBLEMA.....</b>	<b>12</b>
<b>2. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 INVESTIGACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 INVESTIGACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO .....</b>	<b>16</b>
<b>2.3 INVESTIGACIONES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA .....</b>	<b>28</b>
<b>3. OBJETIVOS .....</b>	<b>31</b>
<b>3.1 OBJETIVO GENERAL.....</b>	<b>31</b>
<b>3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....</b>	<b>31</b>
<b>4. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS .....</b>	<b>32</b>
<b>4.1 MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>32</b>
<b>4.1.1 Noción de Medida Cautelar .....</b>	<b>32</b>
<b>4.1.2 Finalidad de las Medidas Cautelares .....</b>	<b>45</b>
<b>4.1.3 Clasificación de las Medidas Cautelares en Colombia .....</b>	<b>55</b>
<b>4.2 CONCEPTO Y FINALIDAD DE MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA .....</b>	<b>60</b>
<b>4.2.1 Características de las Medidas Cautelares .....</b>	<b>77</b>
<b>4.2.2 Importancia de las Medidas Cautelares .....</b>	<b>80</b>
<b>4.2.3 Jurisdicción civil .....</b>	<b>82</b>
<b>4.2.4 Jurisdicción penal.....</b>	<b>83</b>

4.2.5 Jurisdicción laboral.....	85
4.2.6 Jurisdicción de familia.....	85
4.2.7 Jurisdicción contenciosa administrativa .....	86
4.3 MARCO HISTÓRICO .....	86
4.4 DERECHO COMPARADO.....	94
5. METODOLOGÍA.....	100
5.1 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN .....	100
5.2 ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN .....	101
5.3 PRINCIPIOS ÉTICOS .....	102
6. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO.....	104
CONCLUSIONES .....	110
REFERENCIAS .....	113
ANEXOS.....	124

## INTRODUCCIÓN

En el presente documento se realiza una revisión exhaustiva de las medidas cautelares en general, y de las Medidas Cautelares Innominadas (en adelante MCI) en especial, teniendo en cuenta que como instituto procesal están relacionadas con una necesidad de proteger al actor de manera eficaz, al tiempo que se configura el restablecimiento de un orden social a partir del ordenamiento jurídico.

El proyecto se enfoca al estudio de las medidas cautelares innominadas desde varios ángulos, contiene su aplicación en Colombia, haciendo hincapié en sus definiciones más aceptadas, características, finalidades e importancia; incluye los antecedentes históricos e investigativos en relación con el tema en mención, además de Derecho comparado

En ese orden, el documento en un primer apartado se centra en la caracterización del problema objeto de estudio, y se propone una pregunta central de investigación, acto seguido, se plantean los objetivos del trabajo.

Posteriormente, en otro apartado se hace una amplia presentación de la teoría y conceptos más allegados a las medidas cautelares, acompañado de los antecedentes y derecho comparado mencionados con antelación.

Se señala con detalle el procedimiento metodológico, y subsecuentemente se presentan los resultados del proceso de investigación, así como las conclusiones comentadas al respecto de las Medidas Cautelares Innominadas, donde se analiza en detalle los aportes de los Jueces Civiles de Bucaramanga.

## JUSTIFICACIÓN

El propósito de realizar el presente proyecto, obedece al hecho de que el tema es novedoso, por cuanto las medidas cautelares innominadas ya se encontraban consagradas en el ordenamiento jurídico y fue el Código General del Proceso el que vino a regularlas expresamente en su artículo 590 que más adelante se citará, explicará y analizará con detenimiento.

Sin embargo, MOJICA-FIGUEROA (2016)<sup>1</sup>, asiente al decir que la falta de regulación normativa no ha permitido crear un concepto judicial que permita determinar con claridad cómo deben ser valoradas al momento de decidir si se decretan o se niegan, es por eso que nace la necesidad de establecer un referente conceptual que permita el análisis e interpretación de las mismas y de ser posible, una aplicación más continua y constante de las mismas, pues a pesar de llevar algunos años en el ordenamiento jurídico, no cuentan con un sustento doctrinal, jurisprudencial y conceptual establecido que les permita a las partes, hacer uso de este instrumento para así cumplir con el objetivo jurídico-procesal que le atañe.

La importancia de esta investigación, también apunta a conocer si la institución jurídica denominada “medidas cautelares innominadas”, están siendo decretadas y practicadas o no en Bucaramanga, y cuál es el efecto que han tenido (positivo o negativo), respecto de lo procesal de la solicitud, en el decreto y práctica de dichas medidas en el proceso civil.

---

<sup>1</sup> MOJICA-FIGUEROA, Luis Antonio. Las medidas cautelares innominadas y la crisis moral del abogado en Colombia. *Dixi*, 2016, vol. 18, no 24.

## 1. CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA

### 1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Dentro del ámbito jurídico existen diferentes herramientas que buscan proteger los derechos de las personas en la parte procesal, este es el caso de las medidas cautelares, que buscan precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir respecto de los bienes, las personas o los medios de prueba mientras se inicia o se adelanta un proceso, garantizando la ejecución de la sentencia que le ponga fin. Estas medidas pueden ser nominadas o típicas, cuando están previstas en la ley, o atípicas e innominadas si la ley no las prevé, de manera que se supeditan a la iniciativa de las partes o al arbitrio del juez<sup>2</sup>.

LONDOÑO (2014)<sup>3</sup>, comenta que las medidas cautelares típicas o nominadas han estado reguladas en el ordenamiento jurídico Colombiano a través del código de procedimiento civil, cuya vigencia se remonta a vieja data, sin embargo las atípicas o innominadas gozan de una regulación vigente, toda vez que fueron establecidas a través del código general del proceso, el cual rige a partir de su promulgación en el año 2012.

Es necesario mencionar que, a pesar de que su regulación jurídico-normativa sea vigente, su aplicación es un tema confuso, pues se considera que en algunos casos ya ha existido aplicación de estos instrumentos innominados, sin embargo, a través de la presente investigación, se identificaran con claridad aquellas medidas y cuáles son sus argumentos al rechazarlas o decretarlas.

---

<sup>2</sup> PERAFÁN, Felipe Andrade. Acción por infracción de derechos para la protección de la propiedad industrial, *La. Rev. Prop. Inmaterial*, 2011, vol. 15, p. 99.

<sup>3</sup> LONDOÑO, F. Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso Colombiano. *Criterio Jurídico Garantista*, 2014, 6(11), p.176-185.

## 1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El sistema de las medidas cautelares sigue siendo un aspecto del derecho procesal con un enfoque histórico-dogmático que pone de manifiesto una evolución, esencia y concepción dogmática, dominadas por el sentido y las exigencias de la justicia práctica que no ha permitido llegar a una concepción general o universal de las medidas cautelares, ni mucho menos de las providencias cautelares innominadas<sup>4</sup>.

Una aproximación a la comprensión sobre lo que es la medida cautelar innominada, requiere de un profundo análisis doctrinario que permita explicar la regulación y evolución dentro del sistema normativo colombiano, así como sus requisitos, dentro de los cuales los poderes del juez pueden resultar restrictivos a la hora de escoger la medida apropiada, sin que implique frustrar el propósito procesal<sup>5</sup>.

En este sentido PARRA QUIJANO (2013)<sup>6</sup>, describe:

(...) el criterio de oportunidad del juez en la teoría del poder tutelar se ve atrapado por lo que lo lleva a no poder recurrir a las providencias cautelares innominadas, sino en ausencia de las providencias cautelares específicas, tal como lo expondría Coniglio en el Código Italiano de 1942.

En adición, dentro de un marco jurídico Colombiano, es necesario establecer si el tema se ajusta a los postulados constitucionales desde la posición de Jueces Civiles de Bucaramanga, en aras de garantizar el orden procesal en que se intenta

---

<sup>4</sup> RANGEL ROMBERG, Aristides. Medidas cautelares innominadas. Revistas ICDP, 1989, 8(8), p.86-96.

<sup>5</sup> PARRA QUIJANO, J. *Medidas cautelares innominadas*. Bogotá: Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2013, p.315-317.

<sup>6</sup> *Ibidem*

solicitar la práctica de Medidas Cautelares Innominadas (MCI) como estrategia de defensa para omitir la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, entre otros y en especial, garantizar los derechos de las partes solicitantes de dichos instrumentos.

Se plantea entonces la necesidad de indagar sobre la naturaleza, conceptualización y praxis de la tarea de los Jueces Civiles de Bucaramanga frente al decreto de Medidas Cautelares Innominadas (MCI), a fin de aportar consideraciones concretas en torno de la pertinencia de su aplicación, en la necesidad perfecta o no del proceso.

### **1.3 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA**

La investigación del presente proyecto estará delimitada a los Juzgados Civiles de Bucaramanga, teniendo en cuenta que la aplicación del tema central es muy reciente, y es por ello que se considera necesario examinar tanto en los Juzgados Civiles Municipales como en los Juzgados Civiles del Circuito, con el fin de lograr los referentes que se buscan establecer, en relación a las Medidas Cautelares Innominadas (MCI) en los juzgados de jurisdicción civil.

### **1.4 PREGUNTA PROBLEMA**

¿A la luz de la normativa vigente qué tipo de Medidas Cautelares Innominadas son decretadas por parte de Jueces Civiles de Bucaramanga?

## 2. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

### 2.1 INVESTIGACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

En el contexto internacional, KLETT FERNÁNDEZ<sup>7</sup>, en su artículo titulado: **LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN LA REPÚBLICA DE URUGUAY**, tuvo como propósito central el examen de las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso, es decir, el análisis de lo que se denomina “*medida cautelar genérica*” o “*poder cautelar genérico*”, expresión esta última que es la que se maneja en Uruguay. En particular, se trató de explicar cómo el proceso Uruguayo fue transitando desde previsiones concretas, cautelas tipificadas, tipos descriptivos del *periculum in mora* y una interpretación restrictiva, a un poder cautelar concebido en términos muy amplios que permiten, realmente, una tutela efectiva, puesto que la protección cautelar constituye una solución creada para ese caso concreto. Aunque se haya focalizado el trabajo en este tema específico, no se podrán soslayar algunas referencias a aspectos propios del proceso cautelar, para comprender cabalmente las concretas aplicaciones que se han hecho. Según la calificación que viene de hacerse del régimen cautelar nacional Uruguayo, el desajuste entre norma y realidad era tal que fue de extrema significación la actitud abierta adoptada por la jurisprudencia y apoyada, mayoritariamente, por la doctrina nacional, para lograr la protección que ni las normas sustantivas ni el Código de Procedimiento Civil permitió brindar a los sujetos involucrados.

---

<sup>7</sup> KLETT FERNÁNDEZ, Selva Anabella. Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso en la República de Uruguay. En *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. 2013. p. 996-1039.

ALVARADO VELLOSO <sup>8</sup>, en su ponencia titulada: **EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA SOLUCIÓN URGENTE Y ANTICIPADA DE UNA PRETENSIÓN**, al referirse a las medidas cautelares innominadas para el caso Argentino menciona que toda la doctrina que se ocupa de este tema en América lo estudia bajo la denominación de medidas cautelares o precautorias, de muy antigua raigambre legislativa. También se las conoce como acciones cautelares, como acciones asegurativas, acciones garantizadoras, como procesos cautelares y como providencias cautelares. Como luego se verá, nada de todo eso es. A pesar de que varios autores argentinos elogian y defienden la designación de medidas cautelares, el autor considera que con ella se peca de grave defecto terminológico que lleva a seria confusión al legislador, y a consecuencia de ello, a los magistrados judiciales.

En efecto, la medida ostenta inusual amplitud de significados y ninguno encierra cabalmente lo que con ello se menciona en el derecho procesal, y tampoco describe integralmente el fenómeno. A consecuencia de ello, y con expresa invocación a la secular ineficiencia judicial, que muchos jueces-académicos tratan de superar a riesgo de evitar toda discusión procesal, se han inventado ciertas “medidas cautelares” que nada tienen de cautela y que muestran clara y definitiva ilegitimidad constitucional: referido a la medida innovativa y a la medida autosatisfactiva, con las cuales se han cometido variados y numerosos excesos a espaldas siempre de la persona que debe sufrir los efectos de la orden respectiva.

A manera de conclusión, congresos científicos de la asignatura en los cuales unos pocos pontifican sobre temas que no admiten discutir, se ha instalado la idea de que todo ello es bueno y que mejora la función judicial.

---

<sup>8</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión. En *XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL*. 2013.

En adición, MARÍN<sup>9</sup>, en su artículo denominado: **LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO**, precisa al decir que en el Nuevo Código Procesal Penal de Chile (NCP) en el título V, de su libro I, bajo la denominación de Medidas Cautelares Personales, regula una serie de medidas que puede adoptar el juez de garantía previa instancia de parte. Además, en el título VI de su libro I, bajo la denominación de Medidas Cautelares Reales, efectúa una remisión general a las medidas precautorias contempladas en el título V del libro II del Código de Procedimiento Civil (CPC), y a la reglamentación que de las medidas prejudiciales realiza el título IV del libro II del aludido CPC.

Así pues, el NCP recoge una distinción elaborada por la doctrina comparada entre, *medidas cautelares personales*, propias de la pretensión punitiva que se hace valer en todo proceso penal; y, las *medidas cautelares reales*, propias de la pretensión civil que se puede insertar dentro del proceso criminal.

Al respecto, se debe tener presente que la noción misma de medida o providencia cautelar, en cuanto concepto genérico bajo el cual se engloban una serie de medidas que presentan similares características y presupuestos, fue una noción que surgió de la mano de la moderna ciencia procesal y aglutinó figuras que presentaban elementos comunes, y les otorgó un sentido de unidad del cual carecieron durante todo el siglo XIX. Sobre la base de este esfuerzo se fueron reconociendo por la doctrina, posteriormente también por los tribunales, una serie de principios, características y presupuestos que han informado a la tutela cautelar durante el siglo XX y que han permitido establecer un marco teórico más o menos común a todas estas medidas a nivel mundial.

---

<sup>9</sup> MARÍN, Juan Carlos. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código procesal penal Chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2002, no 1, p. pp. 9-54.

En consonancia, MORALES<sup>10</sup>, en su artículo: **LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO**, analizó la normativa legal que regula la figura de las Medidas Cautelares Innominadas y la función del juez dentro del sistema en el Proceso Civil Venezolano, su aplicación y enfoque relacionado con la necesidad de tener una visión mejorada de éstas y que permitan a las partes implicadas en el proceso civil su uso para evitar un daño y abreviar el proceso; de igual forma, permitió precisar el compromiso de la administración de justicia, quienes deben asumir con responsabilidad social y profesionalismo el poder cautelar general concedido por la ley al juez; para que el arbitrio, con criterio de oportunidad, y atendiendo a las circunstancias de modo tiempo y lugar, pueda escoger los medios más adecuados para asegurar el resultado procesal de la ejecución.

## **2.2 INVESTIGACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

CABRERA RIAÑO<sup>11</sup>, en su artículo titulado: **ESTUDIO A LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS, EN VIGENCIA DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**, describe como a lo largo de la historia legislativa colombiana, son múltiples las reformas que se han intentado integrar a la Rama Judicial para alcanzar la excelencia judicial, radican en la posibilidad de una solución efectiva al padecimiento permanente de la congestión en los despachos del país.

La génesis de esta problemática le ha sido atribuida en materia civil, comercial, de familia y agraria, al modelo procesal imperante de los Decretos 1400 y 2019 de 1970, por medio de los cuales se adoptó el Código de Procedimiento Civil, ya que contemplan trámites dispendiosos, que para hace 45 años pudieron ser rápidos,

---

<sup>10</sup> MORALES, Evelyn. Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 2008, no 4.

<sup>11</sup> CABRERA RIAÑO, Diego Faubricio. Estudio a las medidas cautelares innominadas, en vigencia del código general del proceso. *IUSTA*, 2014, vol. 1, no 40.

pero que en el estado actual no se compadecen con las realidades del ritmo de vida de la sociedad.

En consonancia, se da paso al nacimiento de la Ley 1564 de 2012, que estatuye el Código General del Proceso, el cual trae innovaciones procesales de diversa índole, entre las que se encuentra la variación de las ya previstas medidas cautelares nominadas para ciertos procesos, al poder petitionar y decretar cautelas innominadas, lo que implica no solo asegurar la efectividad de una futura sentencia estimatoria de las pretensiones, sino también el cese de ciertos actos distractores o perjudiciales para el demandante, que de antaño no podían ser suspendidos por la ausencia de facultades otorgadas por la ley a los jueces.

Surge de esta manera el problema a desarrollar, encaminado a establecer los presupuestos para que el juez de la causa en materia civil, comercial, de familia y agraria, pueda decretar la cautela innominada.

Por su parte, TRUJILLO LONDOÑO<sup>12</sup>, en su artículo titulado: **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTEXTO DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO**, tuvo como propósito realizar una descripción a cerca de las novedades incorporadas por el Código General del Proceso colombiano, en especial de las medidas cautelares innominadas, atípicas o genéricas. De acuerdo con esta nueva normatividad procesal en Colombia, en materia de derecho procesal civil se tendrá la posibilidad de acudir a un sistema mixto para la solicitud, decreto y práctica, el cual permite tanto el uso de las medidas cautelares nominadas como las innominadas.

---

<sup>12</sup> TRUJILLO LONDOÑO, Francisco Javier. Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso colombiano. *Criterio Jurídico Garantista*, 2014, vol. 6, no 11.

En adición, CORREA & ZAPATA<sup>13</sup>, en su artículo titulado: **MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA Y SU INAPLICACIÓN POR LOS JUECES CIVILES MUNICIPALES, CIVILES DEL CIRCUITO Y ADMINISTRATIVOS DE ORALIDAD DE MEDELLÍN EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS**, menciona que las medidas cautelares innominadas, son una especie de las medidas cautelares consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque con algunas particularidades propias de su ámbito de aplicación, pues amplían el criterio para poder lograr una sentencia judicial efectiva. El artículo realiza una aproximación respecto al contenido, alcance, antecedentes y justificación de las medidas cautelares innominadas, revisando su historia en el Derecho Colombiano, cómo han sido interpretadas por los operadores judiciales y una breve reseña del desarrollo de éstas en Venezuela.

También AMAYA & YERFER, en su tesis: **MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y ANTICIPATORIAS UN ANÁLISIS COMPARADO EN LAS DISTINTAS JURISDICCIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO COLOMBIANO**, realizaron un estudio sobre las Medidas cautelares innominadas y anticipatorias en materia civil, familia, penal, laboral, contenciosa administrativa, arbitraje y competencia desleal; específicamente a través de un estudio comparado en cuanto a sus requisitos y condiciones. Para el efecto se analizarán importantes novedades que se presentan relacionadas con las medidas innominadas y anticipatorias en virtud de la discrecionalidad que observa el juez, en cuanto a su oportunidad, validez, legitimidad y eficacia; así mismo también se podrán instaurar las diferencias o semejanzas. A fin de establecer su justificación o inutilidad, basados en fundamentos legales para su adopción dentro de los procesos.

El estudio les permitió a los autores concluir que las medidas innominadas obedecen principalmente a la ejecución de los requisitos que, para tal fin, regula la

---

<sup>13</sup> CORREA, Camilo Andrés Garzón; ZAPATA, Martha Nelly García. Medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos. *Academia & Derecho*, 2016, no 7, p. 53-77.

norma; donde son impuestas por el juez autorizaciones o prohibiciones de la ejecución de determinados actos o providencias, buscando evitar que se produzca un daño en el derecho. Más aún, en la interpretación extensa como la que hemos comenzado de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias se buscan proteger de una forma eficaz los derechos de las partes, en especial la del demandante, quien ve afectados sus intereses antes del proceso y en algunos casos en la sentencia definitiva.

Es por esto que nuestro sistema jurídico tiene como una de sus finalidades fundamentales salvaguardar los derechos de las partes en litigio; para así de esta manera poder otorgar una imagen de eficacia y efectividad en la conservación y protección de los derechos plasmados en la constitución. La definición de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias, no involucra en ningún momento una forma de dar un prejuzamiento al proceso.

Por el contrario el juez en la trayectoria del juicio de acuerdo a las pruebas presentadas va decidiendo el fallo sin que ello se aprecie en un prejuzamiento o fallo anticipado. Paralelamente, en el análisis riguroso y meticuloso que el juez debe cumplir al aceptar las medidas innominadas y anticipatorias debe fundamentalmente dar inmediatez, toda vez que la urgencia de dicho contexto lo amerita, pero no obstante, el avance que tiene la disputa jurídica, un análisis riguroso más estricto y concienzudo por el juez, debe llegar a la solución en derecho, y no dejarse llevar o anteponer lo solicitado por el demandante lo cual no lo amarra en su decisión; por ende le corresponderá anular la disposición tomada si no justifica el buen uso de dichas medidas.

Consideran los autores además, que el precepto fundamental para el desarrollo de estas medidas y su eficaz cumplimiento, inicia con concederle al magistrado una norma obscura o cerrada para su mera aplicación, lo que hacen es otorgar un

formidable campo de acción en el cual se logra brindar soluciones poderosas para el mejor desarrollo del proceso y de la parte que hizo la solicitud.

Todo esto se puede dar, toda vez que se condicione el rol que lleva el juez; asimismo, al investigar las causas que originan la incorrecta aplicación de las medidas innominadas y anticipatorias se aprecia que al proporcionar las medidas se confiere una oportunidad al desamparo de los derechos del demandado. Este concepto es falso, toda vez, que la exégesis de la norma, la jurisprudencia y las doctrinas dan seguridad jurídica para ambas partes del proceso, tal como lo consagran algunos principios constitucionales.

Debemos tener presente que los aspectos necesarios en cuanto a requisitos y condiciones para solicitar y dictar las medidas innominadas y anticipatorias en las distintas jurisdicciones se enfocan de manera adecuada en salvaguardar los derechos de las personas y el buen nombre del sistema jurídico, por tal motivo enfatiza en el peligro por la mora procesal, la apariencia del buen derecho, la instrumentalidad y provisoriedad; así como en el test de razonabilidad que aplica el juez en cada caso concreto.

De la misma manera, es importante progresar, brindando una precisión al contexto de los procedimientos de las medidas innominadas especialmente considerando que sus condiciones de regulación, aplicación y requisitos de aceptación no están contenidas en normas de cada una de las jurisdicciones, muchas de estas, como el área de familia, laboral y competencia desleal, entre otras, tiene que remitirse a lo señalado en el código general del proceso o normas que llenen esos vacíos legislativos.

Es necesario tener en cuenta que, uno de los problemas que plantean las medidas innominadas y anticipatorias en las jurisdicciones del régimen jurídico colombiano,

es en cuanto al cumplimiento del auto o sentencia que profiere el juez, toda vez que sean obligaciones de hacer o de no hacer.

Otra dificultad que encontramos es que debe el juez o autoridad delegada decretar las medidas innominadas que él estime convenientes cuando el derecho violado se halla comprometido en un daño definitivo o grave, más aun, en procesos donde no se encuentren evidencias que lleven a tener la seguridad que esos acontecimientos causaron el perjuicio a una de las partes.

Podemos concluir que hay timidez en los jueces y en los árbitros para plantar el manejo de las medidas innominadas y anticipadas en las diferentes jurisdicciones, no es una discrecionalidad judicial ni abuso del poder en la decisión, en la eventualidad que se tenga conocimiento de los hechos, por lo que se podría llegar a pensar en una idea preconcebida antes de dictar la sentencia.

El operador judicial debe obrar de forma integral en el marco de la actividad judicial, el artículo 116 de la constitución también vincula a otras autoridades administrativas e incluso a particulares bien sea transitoriamente o permanente, con base en principios y valores constitucionales que permitan la defensa de los derechos, el debido proceso y no el abuso de su poder mediante la extralimitándose en sus funciones.

Por otro lado, CUELLAR & VILLAMIZAR<sup>14</sup>, en su tesis: **EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS COMO GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL COLOMBIANA**, buscó comprobar el desconocimiento de los operadores judiciales ante la institución de las medidas

---

<sup>14</sup> CUELLAR PARRA, Grecia Cristina; VILLAMIZAR TORRADO, Kelly Paola. El principio de proporcionalidad en las medidas cautelares innominadas como garantía a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisdicción ordinaria civil colombiana: un estudio desde la jurisdicción ordinaria civil del distrito judicial de Cúcuta. Tesis. Repositorio Universidad Libre de Colombia. 2016.

cautelares innominadas y su aplicabilidad a través del principio de proporcionalidad implementado por la corte constitucional, siendo dicho principio el objeto de estudio de la presente investigación, fundamentándose en las entrevistas y derechos de petición realizados a los jueces civiles y magistrados de la sala civil del distrito judicial de Cúcuta, con las cuales se pudo concluir que los operadores judiciales son inexpertos frente a tan novedosa institución consagrada en el Artículo 590 del Código General Del Proceso, además de la falta de claridad que se tiene en cuanto a la aplicación del test de proporcionalidad en la imposición o no de dicha medida innominada, por lo que el grupo investigador ve la necesidad de proponer la aplicación de lineamientos que faciliten el actuar del juez en la imposición de una medida cautelar innominada.

El principio de proporcionalidad representa un nuevo reto para los Jueces Civiles, puesto que, con la medidas cautelares innominadas se les permite decretar cualquier cautela que considere acertada para el proceso judicial que se está tramitando, lo cual genera temor en estos servidores públicos, al tener la posibilidad de sobrepasar los límites impuestos por la Ley, al intentar proteger los derechos del demandante, pero vulnerando indiscriminadamente los intereses y derechos constitucionales del demandado; por lo cual, la correcta aplicación de la medida depende del buen uso que se le da a los criterios establecidos por el Código General del Proceso para su decreto, en especial del principio de proporcionalidad, ya que es el pilar que le indicará al Juez la aplicación necesaria, idónea y proporcional de dicha cautela.

En dicha investigación de carácter descriptiva, socio-jurídica y hermenéutica, se utilizó como métodos para recolectar información, entrevistas y derechos de petición, los cuales se aplicaron a los Juzgados Civiles y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, con el fin de vislumbrar la perspectiva que se tiene sobre el principio mencionado y la medida cautelar innominada.

Posteriormente se analizaron los objetivos, iniciando con el concepto general de las cautelas, la distinción entre nominada e innominadas, su regulación en Colombia junto con los antecedentes y el papel que tiene el Juez en el decreto de las medida cautelares innominadas; seguidamente se indicaron los presupuestos preestablecidos por el Código General del Proceso, dándole relevancia a los principios, dentro de los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad, que es desarrollado a fondo por los capítulos subsiguientes, determinándose que la proporcionalidad desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana podrá ser aplicada por el Juez para el decreto de la medida cautelar innominada en los procesos declarativos, tomando como base los subprincipios que la componen, y los lineamientos identificados en la presente investigación conforme a la naturaleza, funcionabilidad, y finalidad de la cautela innominada en Colombia.

Se pudo concluir que la medida cautelar innominada, a pesar de su aparente novedad se ha convertido en un herramienta indispensable para que el operador judicial busque la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de las partes intervinientes en el proceso judicial, complementándose con esta la medida tradicional, que venía siendo implementada desde el Código de Procedimiento Civil, y que fue insuficiente para abarcar todos los supuestos de hecho; conservándose así, en la legislación actual las medidas taxativas del Código anterior.

En consonancia REYES-SINISTERRA <sup>15</sup>, en su artículo: **LAS MEDIDAS CAUTELARES ANTICIPATORIAS E INNOMINADAS EN EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA**, menciona que con la adopción del Estatuto Nacional de Arbitraje Nacional e Internacional, Colombia dio un gran paso en materia de arbitraje. Los aportes de la Ley 1563 de 2012 son novedosos frente a lo que había antes en el país, en especial en materia de medidas cautelares de diferentes tipos,

---

<sup>15</sup> REYES-SINISTERRA, Cindy Charlotte. Las medidas cautelares anticipatorias e innominadas en el proceso arbitral en Colombia. Universitas, 2016, no 132, p. 389-422.

es decir, nominadas e innominadas. Sin embargo, es necesario hacer referencia a que la solicitud, el decreto y la práctica de estas medidas se pueden dar en dos momentos: antes y después de ser notificado el demandado en un proceso arbitral.

Sin embargo, la Ley 1563 de 2012 presenta un vacío en cuanto a la adopción de las denominadas medidas cautelares anticipadas, por lo que, de acuerdo a lo que se puede conocer como las implicaciones del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia, esta investigación se desarrolla con base en el arbitraje internacional, para que en el país, se regule esta figura y así garantizar que en el proceso arbitral se tutelen de forma efectiva los derechos reconocidos por la ley sustancial, tal como se concibe en el Código General del Proceso y en la Constitución Política de Colombia.

Esta investigación hace referencia a figuras como los árbitros de urgencia, el proceso prearbitral y la teoría del apoyo judicial a los árbitros como un catálogo abierto de posibilidades que se presentarán frente a expertos en el tema que adopten la mejor opción para que el arbitraje nacional se adecúe a la implementación de las medidas cautelares anticipatorias (nominadas e innominadas) en el proceso arbitral en Colombia.

En este estudio se concluye que las medidas cautelares en el proceso arbitral en Colombia pueden ser anticipatorias o dentro del proceso arbitral (después de notificado el demandado).

Esto implica que en el proceso arbitral deben implementarse figuras o herramientas ya sea directamente confiadas a otros particulares —como lo sería en la implementación de los árbitros de urgencia en Colombia, figura que existe en la Cámara de Comercio Internacional de París pero de la que nada se ha dicho internamente.

De lo contrario, serían los jueces por medio del principio de habilitación y en el entendido de que el Código General del Proceso no establece que el pacto arbitral sea una causal de rechazo ni de inadmisión de la demanda sino que será la parte demandada la que deba alegar su existencia.

Las medidas cautelares anticipatorias (nominadas e innominadas) no presentan regulación expresa en la Ley 1563 de 2012. Esta situación evidentemente hace que en aplicación del principio de integración y de lo que el mismo Estatuto establece, es decir, que se remite a esta normativa, tenga aplicación el Código General del Proceso.

Las medidas cautelares anticipatorias (nominadas e innominadas) pueden ser decretadas por los árbitros en Colombia, en aplicación de la Ley 1563 de 2012 y el Código General del Proceso. Lo anterior, debido a que esta es una de las facultades jurisdiccionales que tienen los particulares cuando transitoria y excepcionalmente son administradores de justicia, en el desarrollo de este mecanismo alternativo al proceso.

En Colombia, es necesaria la adopción de una solución ante el vacío normativo frente a la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares anticipatorias (nominadas e innominadas) planteado a partir de la investigación realizada. La posibilidad que se les ofrece a las partes que acuden al proceso judicial para solicitar medidas cautelares también debe existir para aquellos que elijan el arbitraje como mecanismo alternativo al proceso para la solución de un litigio.

Por otra parte, BARROS <sup>16</sup>, en su artículo: **LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS. EL PODER DEL JUEZ EN EL MEDIOAMBIENTE**, considera que

---

<sup>16</sup> BARROS, Constanza, et al. Las medidas cautelares innominadas. el poder del juez en el medioambiente. *Revista Semilleros*, 2016, no 2.

el procedimiento de reparación por daño ambiental entrega a los tribunales ambientales una potestad cautelar amplia, pudiendo decretar las medidas necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento, sin establecer una enumeración taxativa de ellas, esto es, medidas innominadas. Analizar si la dimensión objetiva de la imparcialidad judicial puede verse afectada con la dictación de este tipo de medidas es el objetivo de este trabajo, el cual se basa en una completa revisión bibliográfica sobre la materia y en la información obtenida de los propios actores del sistema de justicia medioambiental.

Se concluyó que si bien existe un riesgo de afectación del derecho a ser juzgado por un juez imparcial, en nuestra legislación existen numerosos mecanismos de protección que reducen dicho riesgo y que los bienes jurídicos protegidos ameritan asumirlo.

Los autores concluyen además, que este riesgo se incrementa si se trata de cautelares innominadas, pues implica un proceso de construcción y creación por parte del juez, sea que la medida haya sido solicitada por las partes o haya sido decretada de oficio. En efecto, el juez no está sujeto a un listado taxativo previamente establecido en la ley, por tanto puede decretar la o las medidas que considere necesarias, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

Por último, si dicha medida es decretada de oficio, el riesgo se incrementa aún más, ya que es el juez quien debe realizar una labor creativa identificando qué medida será la idónea al caso concreto, supliendo la inactividad de las partes frente a un daño o corrigiendo la solicitud, en el evento que decrete una medida distinta a la solicitada. El juez es quien elabora la medida y, al mismo tiempo, es el impulsor de su dictación.

En su tesis DÍAZ GÓMEZ<sup>17</sup>, titulada: **POSIBILIDAD DE ESTRUCTURAR MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN MATERIA CONTRACTUAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA A PARTIR DE ALGUNOS REFERENTES DESCRIPTIVOS EN EL DERECHO FRANCÉS E ITALIANO**, comenta que las medidas cautelares innominadas, entendidas como cualquier mecanismo racional considerado por el juez para evitar la lesión del bien jurídico objeto de litigio, o evitar un perjuicio grave en torno a este último, en materia contractual contencioso administrativa en Colombia, juegan un papel preponderante para eludir en algunos casos no sólo la desprotección del objeto del proceso sino también favorecer el interés público en la gestión contractual del Estado.

Sin embargo, como consecuencia de su actual falta de implementación, resulta interesante contar con la experiencia consignada en otros Estados, para el caso: la jurisprudencia y la doctrina de Francia e Italia, con el objeto de reflexionar, y por qué no estructurar medidas cautelares innominadas en los procesos contencioso administrativos contractuales en el derecho colombiano, para de esta forma, tener más opciones de adopción de los precitados amparos, como medio para garantizar el libre acceso a la administración de justicia y el cumplimiento del principio de tutela jurisdiccional efectiva.

Los autores concluyeron que las medidas cautelares innominadas, en general, constituyen un instrumento que posibilita el derecho fundamental al libre acceso a la administración de justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que, hacen posible una decisión material en justicia. En nuestra opinión, dicho planteamiento permite garantizar aun más la constitución y el funcionamiento del estado social de derecho establecido en la carta magna de nuestro país.

---

<sup>17</sup> DÍAZ GÓMEZ, Alexander, et al. Posibilidad de estructurar medidas cautelares innominadas en materia contractual contencioso administrativo en Colombia a partir de algunos referentes descriptivos en el derecho francés e italiano. 2017.

Además, la implementación de las medidas cautelares atípicas en materia contencioso administrativa se ha dado en el derecho interno a partir de las acciones populares ambientales y de tutela, aclarando que la primera surge de la ley, y la segunda de la jurisdicción constitucional. Una de las primeras manifestaciones de las cautelas innominadas en Colombia se dio a partir de las medidas para preservar el medio ambiente, la salubridad y la salud de las personas (principio de precaución), cuyo proceso estuvo muy ligado al fenómeno de globalización del derecho internacional administrativo.

Dentro de la normativa doméstica no existe una regulación especial para las medidas en materia contractual contencioso administrativa, sino que en torno a ellas debe acatarse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la cautela general en materia administrativa, y en caso de que surjan dudas serán resueltas con base en lo preceptuado por el Código General del Proceso.

En Italia y Francia hay un desarrollo e implementación de las precitadas medidas, y no solamente abarcan el trámite procesal jurisdiccional, sino también la sede administrativa o pre procesal. En adición, la experiencia de Francia e Italia en el tema de las cautelas en estudio establecen un hito valioso que puede coadyuvar a su estructuración e implementación material y concreta en Colombia, con base en la normativa que ya tenemos para su solicitud, decreto y práctica.

### **2.3 INVESTIGACIONES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**

A nivel del Bucaramanga, encontramos a GÓMEZ DURÁN & Cols<sup>18,19</sup>, con su artículo: **EL NUEVO RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES CONTEMPLADAS**

---

<sup>18</sup> AMAYA, Contreras; YERFER, Jeiner. *Medidas cautelares innominadas y anticipatorias un análisis comparado en las distintas jurisdicciones del régimen jurídico colombiano*. 2015. Tesis de Licenciatura.

**EN LA LEY 1437 DE 2011 Y SU REAL APLICACIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**, esta investigación se realizó con el objetivo de estudiar las nuevas medidas cautelares contempladas en la ley 1437 de 2011, para determinar si las mismas ofrecen garantías para lograr un efectivo cumplimiento del fallo en los procesos declarativos adelantados ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Se analizó el funcionamiento de las medidas cautelares contempladas en la ley 1437 de 2011, en aspectos tales como su procedencia, oportunidad para solicitarlas, contenido y alcance de las mismas, requisitos para decretarlas, caución, procedimiento para su adopción, medidas cautelares de urgencia, así como lo relativo al levantamiento, modificación y revocatoria de una medida cautelar; los recursos procedentes y la prohibición para la reproducción de un acto suspendido o anulado y lo relacionado con la responsabilidad cuando se declare que una medida cautelar fue improcedente, además de las sanciones por su incumplimiento.

Por otra parte, se identificaron cuales medidas cautelares son procedentes en los diferentes medios de control, tales como la nulidad por inconstitucionalidad, el control inmediato de legalidad, la nulidad, la nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad electoral, la reparación directa, las controversias contractuales, la pretensión de repetición, la pérdida de la investidura, la protección de los derechos e intereses colectivos, reparación de perjuicios causados a un grupo, cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos, nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción, control por vía de excepción, y aunque no hace parte de los medios de control consagrados en la ley 1437 de 2011.

---

<sup>19</sup> GÓMEZ DURÁN, Lina Beatriz, et al. El nuevo régimen de medidas cautelares contempladas en la ley 1437 de 2011 y su real aplicación en la jurisdicción contenciosa administrativa. 2014.

Los investigadores concluyen que bien aplicadas, las medidas cautelares sí ofrecen garantías para lograr un efectivo cumplimiento de los fallos, dentro de los procesos declarativos adelantados ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que la ley además de ofrecer un catálogo de medidas cautelares, en comparación con la anterior norma, flexibiliza los requisitos en el caso de la suspensión provisional, lo que permite que se acuda más fácilmente a esta cautela.

En adición, es necesario comentar que acerca de las medidas cautelares innominadas no se encontraron en las bases de datos consultadas investigaciones en el área Metropolitana de Bucaramanga, por lo que la presente investigación, sería la primera en abordar dicha temática, que dada la importancia y novedad para el escenario jurídico, sería importante poder llegar a publicar a través de una comunicación formal en alguna revista de especialidad en derecho.

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1 OBJETIVO GENERAL**

Realizar un análisis descriptivo de las medidas cautelares innominadas que se decretan en los Juzgados Civiles de Bucaramanga.

#### **3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Establecer el marco de referencia sobre las medidas cautelares innominadas en Colombia.
2. Identificar las diferentes medidas cautelares innominadas decretadas por los Jueces Civiles de Bucaramanga.
3. Categorizar los argumentos dados por los Jueces Civiles al decretar o rechazar las medidas cautelares innominadas solicitadas en los procesos civiles de Bucaramanga.

## 4. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

En este capítulo se mencionan los aspectos de mayor importancia en relación a la trayectoria histórica, teórica y conceptualización de las Medidas Cautelares Innominadas en Colombia, de manera tal, que sean cimiento en el desarrollo del presente proyecto de investigación.

### 4.1 MARCO TEÓRICO

#### 4.1.1 Noción de Medida Cautelar

A través de las revisiones documentales del concepto de medida cautelar, no resulta fácil encontrar un consenso unificado, ya que la mayoría de las legislaciones han optado por no señalar una definición expresa.

Asimismo, a dichas medidas se le atribuyen numerosas denominaciones, tales como, medidas de seguridad, acción asegurativa, medidas precautorias, acciones preventivas, etc., y entre los autores modernos, han surgido una serie de conceptos nuevos como: medidas autosatisfactivas, tutela diferenciada, tutela anticipatoria entre otras, las que pueden compartir el carácter de cautelar, dependiendo del análisis del autor<sup>20</sup>.

La aplicación por los jueces y tribunales civiles de las normas de defensa de la competencia no sólo afecta al desarrollo material del derecho de la competencia, sino que tiene importantes consecuencias procesales. Así, el procedimiento administrativo sancionador y del proceso judicial civil puede determinar la

---

<sup>20</sup> MORALES, Evelyn. Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 2008, no 4.

aparición de diferencias en cuanto a la resolución de un conflicto planteado por infracción de las normas de competencia.

Los plazos y los trámites de las partes en cada uno de estos procedimientos son cuestiones importantes que un litigante debe estar en condiciones de valorar a la hora de tratar de plantear sus alternativas de oportunidad de una estrategia procesal ante un conflicto fundado en una infracción de defensa de la competencia.

En este sentido, dentro de las cuestiones que más incidencia práctica pueden tener a la hora de optar por una u otra alternativa, el tratamiento de la protección cautelar ocupa un lugar preponderante, claro está, con independencia del resultado final del caso, la protección cautelar puede suponer para el actor una herramienta muy útil para defender su derecho de una manera eficaz, sobre todo en aquellos casos en los que la tutela cautelar pueda ser determinante en el resultado final del proceso.

En esta investigación de manera particular, se aborda principalmente el tratamiento de la protección cautelar por parte de la legislación procesal civil, y su contraste con otras jurisdicciones para tratar de poner de manifiesto sus diferencias, similitudes, y posibilidades de aplicación de las Medidas Cautelares Innominadas (MCI), e identificar los principales rasgos de la figura y las posibilidades que ofrece en su aplicación en Juzgados Civiles de Bucaramanga.

Para iniciar dicha disertación, es necesario acercarse a las principales definiciones de las medidas cautelares como aquellas que se adoptan en un proceso con la finalidad de asegurar un resultado futuro que pueda producirse en el mismo, y cuyo objeto es preservar anticipadamente una consecuencia previsible que debe realizarse en el curso del proceso.

En términos generales la REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (RAE)<sup>21</sup>, define el concepto de *Medida Cautelar*, como: “*Dicho de una medida o de una regla destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo*”, o “*medidas que se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir en favor del actor la eficacia final de la sentencia. Se utilizan también en el procedimiento administrativo*”, lo cual permite establecer, que se trata de una prevención o una regla que busca efectuar cierto fin, lo que es completamente ajustado al concepto de la medida cautelar como tal en el orden jurídico.

La doctrina procesal civil ha trabajado sobre la conceptualización del término de *medidas cautelares*, pero aún ellos se han abstenido de emitir una definición única para todos los supuestos jurídicos en los que se puede hablar de dichas medidas. Según cita WARD<sup>22</sup>, las medidas cautelares son:

(...) actos procesales que se pueden dictar previa solicitud de las partes. Aparecen antes o en el curso de los procesos de cualquier tipo y su finalidad es la de asegurar los bienes, las personas, o mantener circunstancias que podrían cambiar con el curso del tiempo o por acción humana. De esta manera, estas medidas buscan la consolidación de ciertas situaciones, el resguardo de las personas y la satisfacción de sus necesidades procesales urgentes (p.146).

Desde una perspectiva clásica, se conceptualiza como la "*anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma*".

Dentro de la doctrina se encuentra también la definición de ROJAS<sup>23</sup>, según el cual las "*medidas precautorias son aquellas providencias de naturaleza cautelar*

<sup>21</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Madrid, España: Real Academia Española, 2014.

<sup>22</sup> WARD, O. *Teoría general del proceso: Temas introductorios para auxiliares judiciales*. San José de Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2000.

<sup>23</sup> ROJAS RODRÍGUEZ, Mario. *Las Medidas Precautorias*. Librotec. Concepción, 1965, p. 29.

*que, sirviendo para facilitar el cumplimiento práctico de la sentencia, pueden solicitarse por el demandante para asegurar el resultado de su acción”.*

Por otra parte, la doctrina actual le concede a la tutela cautelar un concepto mucho más amplio que el señalado por ROJAS<sup>24</sup>, en el que se incluyen las denominadas medidas autosatisfactivas, las cuales, dada su naturaleza, agotan su objeto al emitirse.

Su instrumentalidad está dada en función de la razón de la legislación general y su efectividad, y tienen como característica que pueden ser despachadas *inaudita et altera pars*, y no requieren necesariamente la formación de un procedimiento contradictorio posterior.

Las medidas cautelares tienen una regulación genérica en la Ley Civil que contiene una normativa de carácter general, que podrá utilizarse como supletoria para resolver dudas que puedan surgir en la aplicación de las normas especiales que se ocupan de determinadas medidas cautelares particulares, porque todas ellas tienen las mismas características generales, que responden a unos principios y fines de aseguramiento del resultado futuro del proceso<sup>25</sup>.

En este sentido, MARTÍNEZ BOTOS<sup>26</sup> la define como:

(...) aquellas medidas fruto de la disposición judicial que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo. Ésta es la concepción más corriente de las medidas cautelares.

---

<sup>24</sup> *Ibíd*em

<sup>25</sup> DELCASSO, Juan Pablo Correa. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. *Revista Xurídica Galega*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2000.

<sup>26</sup> MARTÍNEZ BOTOS, Medidas Cautelares. Ed. Universidad, 1990, Bs. As, p.29.

Tradicionalmente PODETTI<sup>27</sup>, las designa como:

(...) modos de evitar el incumplimiento de la sentencia, pero también suponen una anticipación a la garantía constitucional de defensa de los derechos, al permitir asegurar bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho o para ayudar a proveer la seguridad de personas, o de sus necesidades urgentes.

Para el autor OSSORIO<sup>28</sup>, define las medidas cautelares como:

Aquellas que se pueden adoptar preventivamente por los Tribunales y estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice; no obstante podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado. Las dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho. Las medidas cautelares no implican una sentencia respecto de la existencia de un derecho, pero sí la adopción de medidas judiciales tendentes a hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido (p. 584).

En el caso del doctrinante ALTERINI<sup>29</sup>, considera a las medidas cautelares o precautorias como: *“aquellas que se ordenan –por el juez a pedido de la parte interesada- con el fin de asegurar el derecho de alguna de las partes y la eficacia de la sentencia definitiva, es decir, sirven para resguardar la posibilidad de percibir un crédito”*.

---

<sup>27</sup> PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, T. IV, Tratado de las Medidas Cautelares. Ed. Aguilar, 1956, Bs. As, p.14.

<sup>28</sup> OSSORIO, M. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 2006.

<sup>29</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos: civiles-comerciales-de consumo: teoría general*. Abeledo-Perrot,, 1998.

Frente a este particular, ALTERINI menciona que antes de iniciarse un proceso o durante el transcurso del mismo pueden ocurrir hechos que pongan en peligro el derecho de las partes o la eficacia de una sentencia, por lo que para evitarlos se instituyen las medidas cautelares, dentro de las que se puede mencionar las siguientes:

1. **Embargo Preventivo:** tiene por objeto inmovilizar y asegurar la responsabilidad del embargado.
2. **Secuestro:** consiste en desapoderar de un bien al deudor y entregarlo en depósito a un tercero.
3. **Intervención Judicial:** consiste en designar a una persona para que intervenga en la vida económica de una persona física o jurídica.
4. **Inhibición general de bienes:** impide al deudor vender o gravar sus inmuebles o bienes registrables.
5. **Anotación de litis:** Esta medida no impide gravar ni vender el bien, sólo avisa que sobre un bien hay litigio, de modo que los terceros no puedan luego desconocer los derechos del vencedor del pleito.
6. **Prohibición de innovar:** consiste en que el juez prohíba modificar una situación de hecho o de derecho existente en determinado momento. Su fin es que esa situación se mantenga.
7. **Prohibición de Contratar:** consiste en prohibir contratar sobre ciertos bienes.
8. **Protección de Personas:** consiste en disponer la guarda de menores o incapaces que se encuentren expuestos a peligros físicos o morales.
9. **Medidas cautelares genéricas:** son aquellas que se pueden solicitar al juez cuando las medidas previstas por la ley no fuesen suficientemente aptas para asegurar el derecho de las partes o el cumplimiento de la sentencia.

**10. Medidas de prueba anticipada:** se solicitan con el fin de evitar que se pierdan pruebas indispensables para el pleito.

Los autores mencionados coinciden en señalar que las medidas cautelares son las dictadas mediante resoluciones judiciales, con el fin de asegurar, conservar o anticipar la efectividad de la resolución estimatoria que pueda dictarse en el curso de un proceso judicial, de modo que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho, pero que no implican un perjuicio, pero sí la adopción de medidas judiciales tendientes a hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido.

Por tanto, consideramos es adecuado para todas aquellas actuaciones o decisiones que, sin prejuzgar del resultado final, un juez puede adoptar para que las resultas de la resolución administrativa o judicial surtan plenos efectos para los interesados o para la parte procesal. Para ello, se exige la concurrencia de dos requisitos: el *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho y el *periculum in mora* o peligro de mora por el paso del tiempo.

Bajo los conceptos mencionados, que comprenden una serie de sentencias tendientes a evitar la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión, o la desaparición de los bienes del deudor que aseguran el cumplimiento de la sentencia de condena que pueda recaer en éste o en otro proceso.

Las medidas cautelares entonces, no se agotan en las que son materia de regulación específica, como el embargo preventivo, la inhibición general de bienes y anotación de la *litis*, el secuestro, etc., sino que son aún mayores las facultades del juez, que se extienden a otras medidas cautelares que se han dado en llamar innominadas.

Se encuentra así su fundamento en:

- ✓ La necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo.
- ✓ Asegurar en forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución, donde más que a hacer justicia, la medida está destinada a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido.
- ✓ Dar provisionalidad, pues están supeditadas al transcurso del tiempo desde que es dictada hasta la ejecución de la sentencia.
- ✓ La mutabilidad o variabilidad, en el sentido que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen.
- ✓ Su viabilidad radica en que el derecho sea verosímil y que exista un peligro real en la demora, así, se constituye en una medida de garantía que funciona en resguardo de un mismo interés.

Frente a este tema el doctrinante HERNÁNDEZ VILLAREAL<sup>30</sup>, hace una aproximación resaltando:

Lo primero que hay que recordar es que las medidas cautelares son de carácter constitucional y no meramente legal, ya que es la propia Carta Política la que consagra como tales a la detención preventiva, la suspensión provisional de los actos administrativos y la posibilidad de que el Contralor General de la República pueda suspender a los funcionarios que están siendo investigados por ese ente<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas? *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2007, vol. 9, no 1.

<sup>31</sup> No obstante esta circunstancia, en algunos supuestos para decretar una medida cautelar no basta con aducir un interés sino que hay que tener una causa legal que la justifique, por lo que, además del consabido *periculum in mora*, el peticionario debe –por lo menos– invocar el *fumus boni iuris*, o apariencia o verosimilitud del derecho, motivo por el cual las cautelas se decretan “a riesgo del solicitante”, salvo aquellas que el legislador con su pronunciamiento ha previsto de oficio (p.190).

Desde la posición de CUMBE<sup>32</sup>, al respecto de las medidas cautelares menciona:

La interferencia en las esferas ajenas de actuación, no pocas veces desencadena fenómenos complejos que alcanzan la magnitud de conflictos y por esa misma vía, demandan una solución oportuna en aras a prevenir alteraciones mayores del orden social, situación que se erige en fuente última del derecho como regulador de las relaciones sociales y de la jurisdicción como instituto sucedáneo de aquel y del Estado, para darles una resolución civilizada, vinculante y coercitiva, principalmente para con aquellas controversias que simplemente rebasaron los límites y posibilidades de realización espontánea del derecho (p.112).

De la anterior reseña, surge el derecho procesal como disciplina que actúa en reconocimiento de los derechos normativos dotando a los jueces de los mecanismos y procedimientos para que los ciudadanos tengan una armonía social, a pesar de variables disfuncionales conexas como la mora judicial principalmente.

Esta expectativa, según la reflexión doctrinal de BOHÓRQUEZ, M., citado por CUMBE, hace que la jurisdicción cuente con mecanismos que le permitan conjurar el perjuicio que se puede generar a quien vio defraudada su esperanza de justicia de una manera oportuna. Se trata entonces de las medidas cautelares, definidas en esencia como “(...) *actos jurisdiccionales provisionales a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las determinaciones que adopte el Juez, es decir, que garantizan la eficacia de los procesos*”.

En este sentido, SANABRIA SANTOS<sup>33</sup>, afirma que tradicionalmente se les ha definido cómo:

---

<sup>32</sup> CUMBE, Helber Mauricio Sandoval. Las medidas cautelares innominadas anticipatorias y el papel protagónico del Juez Constitucional. *Revista Jurídica Piélagus*, 2016, vol. 15, no 1, p. 111-124.

(...) aquellas medidas 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 tendentes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, especialmente, de la sentencia una vez ejecutoriada (p.91).

De donde nace con claridad el carácter preventivo de la medida, que en palabras de ROCCO<sup>34</sup>, que precisa al decir:

(...) se trata de instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada (p.16).

Sin embargo, BELTRÁN SIERRA<sup>35</sup>, acota al decir que:

(...) son mecanismos que se adoptan de manera provisional, viables tan sólo en el ámbito de la jurisdicción, del que debe resaltarse su sentido instrumental o accesorio, rasgo tal vez más determinante de su contenido, en tanto se pretende con su consagración y utilización, satisfacer una urgencia procesal, lo que les hace inevitablemente dependientes del proceso al cual sirven, precisamente por estar ideadas para que ese sendero organizado de etapas, llegue a feliz término y logre colmar la expectativa de realización del derecho propuesta.

---

<sup>33</sup> SANABRIA SANTOS, Henry Norberto. *Configuración procesal de la pretensión de tutela*. Univ. Externado de Colombia, Fac. de Derecho, 2000.

<sup>34</sup> ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Temis, 1977.

<sup>35</sup> BELTRÁN SIERRA, A. M. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: un problema en la definición de las políticas públicas o en la interpretación de un sistema de aseguramiento. *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*, 2004, vol. 57, p. 1620-1632.

Su procedencia está supeditada en todo caso, al cumplimiento de ciertos supuestos para su puesta en práctica, entre los cuales cabe destacar, según el doctrinante CHIOVENDA citado por LÓPEZ<sup>36</sup>:

(...) en primer término, la verosimilitud del Derecho invocado o apariencia de buen derecho, que no es otra cosa que el examen preliminar de las pretensiones invocadas en el proceso y su probabilidad de éxito, con el fin de no producir un daño grave a la persona a la cual afectará; y, en segundo lugar, el riesgo advertido de que la mora judicial dé al traste con la eficacia del derecho reconocido o amparado, salvo que sea verdaderamente necesario, pertinente e ineludible su adopción en cuanto se genere o "(...) se esté ante un peligro amenazador e inminente, el cual debe contrarrestarse con medidas de tal naturaleza que lo enerve (p.849).

Resulta prudente advertidos de la imposibilidad de lograr una solución inmediata, que el Juez determine el cumplimiento de los requisitos subsiguientes para el decreto de la cautela, para aquellos casos en que es viable, se dan las condiciones y se presenta el riesgo mencionado.

Complementando la anterior exigencia, ROJAS<sup>37</sup>, acota:

(...) es preciso también que se acredite la verosimilitud del derecho o apariencia del buen derecho (*Fumus boni iuris*), presupuesto que exige no solo analizar el grado de peligro y riesgo en que está el actor en el evento de no tomarse las medidas cautelares, sino también establecer la alta posibilidad que el solicitante tiene de que la resolución o fallo final le concederá la razón a su

---

<sup>36</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio; PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge Gabino; ROMERO SIERRA, Rafael. Tribunal arbitral de uegui villegas limitada en liquidacion vs. castrol colombia ltda. y multifluid SA. 2012.

<sup>37</sup> ROJAS RODRÍGUEZ, Mario. Las Medidas Precautorias. Librotec. Concepción, 1965, p. 29.

favor o, dicho en términos más concretos, determinar “(...) *qué tantas probabilidades de éxito tiene la pretensión a la cual habrá de servir*” (p. 224).

De esta forma, la definición y la finalidad que poseen estas medidas, tienen una estructuración y ante todo una teleología perfectamente definida, como precisa CANTOR<sup>38</sup>:

(...) éstas tienen una consagración positiva que se ajusta a las áreas del derecho, procesos y procedimientos propios de cada especialidad jurisdiccional, lo cierto es que comparten algunos supuestos etiológicos determinantes que no pueden soslayarse a la hora de evaluar su procedencia, en tanto ser necesario establecer la probabilidad de presencia del derecho y el riesgo de afectación en ausencia de la cautela.

Para ampliar el concepto de medida cautelar en la jurisdicción colombiana, la sentencia C-039 de 2004 nos señala<sup>39</sup>:

“Las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han 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 (CORTE CONSTITUCIONAL, p.1)”.

Una postura similar nos brinda LEÓN<sup>40</sup>, quien sobre las medidas cautelares conceptualiza:

---

<sup>38</sup> CANTOR, Ernesto Rey, et al. *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*. Librería Temis, 2008.

<sup>39</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-039/04*, 2004. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-039-04.htm>

<sup>40</sup> LEÓN, Aníbal Quiroga. La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el código procesal civil. *THEMIS: Revista de Derecho*, 2011, no 59, p. 259-284.

(...) son mecanismos de protección y garantía del resultado del proceso iniciado (o por iniciarse) con la finalidad de evitar que el derecho controvertido sea iluso al expedirse una sentencia favorable que el derecho controvertido sea iluso al expedirse una sentencia favorable al demandante del proceso. A tal efecto, la normatividad procesal (y la doctrina) nos otorga una serie de providencias cautelares a efectos de obtener la finalidad descrita con anterioridad. Por ello, el juzgador –antes de resolver la concesión o no de una medida cautelar – deberá ponderar los derechos afectados (en una eventual ejecución de la misma) con el interés particular del solicitante de la medida (p.263).

Teniendo claridad del concepto como tal de la medida cautelar, es sencillo determinar que su definición está automáticamente ligada con su finalidad y de tal forma podemos emitir nuestro concepto definiéndolas como instrumentos que buscan salvaguardar, proteger o garantizar los derechos de quien acude a la administración de justicia, es por ello que al definir las medidas cautelares también estamos mencionando su finalidad, ya que no podemos quedarnos con el simple hecho de que sean un instrumento o herramienta jurídico procesal, sino que se debe a su vez señalar el fin de esta.

Así, el concepto variará según el tipo de legislación que posea cada país, no pudiendo ser uniforme el concepto doctrinal ni aplicable de igual modo en distintos ordenamientos jurídico procesales. Asimismo, el Código de Procedimiento Civil de Chile, señala: "*Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado de juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas...*". Así pues, aunque este precepto no contenga una definición de medida precautoria, tiene una relevancia decisiva para el intérprete, en cuanto a la extensión del concepto.

En relación a las nociones descritas, consideramos que la doctrina clásica destaca la finalidad netamente ensayista de las medidas cautelares, entendiendo que las

mismas están dirigidas a garantizar la satisfacción de los derechos subjetivos, a asegurar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional, y el interés del individuo, dispuestas claro está, en interés del buen nombre y funcionamiento de la administración de la justicia.

Así pues, creemos que las medidas cautelares están instituidas para proteger derechos subjetivos, ya que el interés del que las solicita es asegurar los resultados del litigio.

Traemos entonces la acepción de GELSI BIDART cuando dice: “*no debe desconocerse que las medidas cautelares además de asegurar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional, procuran garantizar directa o indirectamente derechos sustantivos*”<sup>41</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, la idea de las cautelas innominadas y generalmente anticipatorias como instrumentos de aseguramiento anticipado de la justicia, contribuyen a disminuir la percepción de ineficacia de la justicia, y fomentar la confianza en las instituciones del Estado, además de dar claridad en los conflictos no resueltos.

#### **4.1.2 Finalidad de las Medidas Cautelares**

Se puede afirmar que las medidas cautelares pueden cumplir dos fines: 1) conservativos, y 2) anticipativos<sup>42</sup>. Con relación a la finalidad conservativa, se

---

<sup>41</sup> BIDART, Adolfo Gelsi. El tiempo y el proceso. *Revista de Proceso*. 1981.

<sup>42</sup> En el derecho inglés se distingue precisamente entre las *prohibitory injunctions*, por una parte, y las *mandatory injunctions*, por la otra, según que disuadan a una persona de efectuar un acto específico, o lo requieran para llevar a cabo una actuación concreta SHARPE, *Injunctions and specific performance*, Toronto, 1983, pág. 4; BEAN, *Injunctions*, 7a. ed., Londres, 1996, pág. 3; SHERIDAN, *Injunctions in general*, Londres, 1994, pág. 1; SPRY, *The principles of Equitable remedies*, Reino Unido, 5a. ed., 1990, pág. 322.

refiere a aquéllas medidas que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo el esparcimiento de los bienes que pueden ser objeto de la misma<sup>43</sup>. De esta manera se constituyen en un medio cuyo principal objetivo es conservar la situación de hecho y/o de derecho que se ve atrapada en el *periculum* que cada una regula en concreto.

Sin duda, a pesar del cuestionamiento que en las últimas décadas se viene realizando de los fines que tradicionalmente esta tutela ha cumplido, continúan siendo muy importantes y su utilidad práctica es indiscutible al interior de los variados ordenamientos jurídicos.

Para citar un ejemplo, el artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), dispone sobre el particular, que:

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

A su vez, en el artículo 27 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citado por DELGADO<sup>44</sup>, expresa:

(...) se trata de un elemento más a la hora de proveer por la garantía y protección de los Derechos Humanos, siendo preciso que a efectos de su adopción, ocurran tres condiciones de procedencia, a saber, la extrema gravedad, la urgencia y la necesidad de evitar daños irreparables a personas,

---

<sup>43</sup> CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945, p. 56.

<sup>44</sup> DELGADO, Franco; FERNANDA, María. *Competencia de la comisión interamericana de Derechos Humanos para dictar medidas cautelares y el carácter tutelar de las mismas sobre los pueblos en aislamiento voluntario Tagaeri y Taromenane*. 2015. Tesis Doctoral. Universidad de Los Hemisferios, 2015.

todo lo cual denota que se trata de una protección inmediata sin la posibilidad de esperar el normal desarrollo de un proceso, no obstante lo cual, cabe aclarar que cualquier otro hecho o argumento que se aduzca para promover ésta medida, sólo puede ser analizado y resuelto durante la consideración del fondo de un caso contencioso.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)<sup>45</sup>, menciona:

(...) en el marco de los asuntos contenciosos internacionales cuya finalidad es preservar los derechos en posible riesgo, hasta tanto no se resuelva la controversia para asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo, evitando en consecuencia que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final; y, en cuanto al sentido tutelar otorgado a tales cautelas, se indicó que se trataba de conceder una verdadera garantía jurisdiccional orientada a proteger los Derechos Humanos, buscando evitar daños irreparables a las personas.

Ya en el orden interno, en materia procesal penal, la Ley 906 de 2004<sup>46</sup>, previó tales mecanismos bajo la común denominación de “*medidas de aseguramiento*”, aplicables al imputado, orientadas todas al éxito de la pretensión penal, en tanto lograr que una vez condenado (si así lo fuere), cumpla su sanción y en otros casos, a asegurar el normal desarrollo del proceso penal e incluso la integridad de las víctimas.

Al respecto FIERRO<sup>47</sup>, sintetiza:

---

<sup>45</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. *Sentencia de*, 2004, vol. 2.

<sup>46</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004.

<sup>47</sup> FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. *Las medidas de aseguramiento en el sistema penal acusatorio*. Editorial Leyer, 2005.

Se trata de un listado taxativo de alternativas, cuya imposición es del resorte exclusivo del Juez con funciones de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, que solo tienen lugar cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre que además, se cumpla alguno de los siguientes requisitos (L. 906/2004, 2004, art. 308): “ (...) 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (...).

En este particular, se advierte que para aclarar el concepto se van a mencionar legislaciones de algunos países, que en cuanto a su finalidad anticipativa ha sido la que más problemas ha generado en la doctrina comparada. Así por ejemplo, en el derecho español, a propósito de la regulación realizada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881<sup>48</sup>, se observa que:

Como antes se adelantó, la que se adopte como medida cautelar debe ser *semejante* (“parecida” u “homogénea”, si se quiere) a la medida ejecutiva que en su día deba acordarse para la efectividad de la sentencia. De esta semejanza dependen por igual su utilidad y su licitud<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. III, 3a. ed., segunda reimpresión, Madrid, 1994, págs. 338 y 339 (el destacado es mío). En el mismo sentido GUTIÉRREZ DE CABIEDES, observa que «otro elemento básico de toda medida cautelar es la homogeneidad pero no la identidad entre la medida que se pide y el derecho sustantivo deducido en el proceso». Ahora bien si esta homogeneidad, agrega el referido autor, «fuera tan absoluta que la medida cautelar llegara a identificarse con el derecho sustantivo cuya cautela se pide, se concluiría en el extremo opuesto, es decir, en la ejecución adelantada del derecho. En este caso, la medida dejaría de ser cautelar y se convertiría en una auténtica medida ejecutiva, se obtendría una ejecución adelantada, o sin título suficiente para la misma. Las medidas cautelares, como tantas veces hemos dicho, tienden a ser posible una ejecución, pero no a adelantar ésta o a confundirse con ella». «Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares», en *El Sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pág. 16.

<sup>49</sup> El legislador, cuando regula una medida cautelar o el Juez cuando la ordena apoyándose en una autorización genérica, deben intentar siempre obtener, para el caso concreto, este difícil equilibrio:

Tal vez el carácter de homogeneidad que pronto la doctrina española predicó de estas medidas, haya influido para retrasar la llegada de medidas con fines anticipativos, situación que puede haberse repetido en Latinoamérica al adherir parte de la doctrina a dicho carácter<sup>50</sup>.

En consonancia, el Tribunal Constitucional Español (artículo 24.1 y sentencia 218/1994), destaca la finalidad de las medidas cautelares diciendo "*todas las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia*".

Su finalidad por tanto es:

(...) la de evitar perjuicios eventuales a los litigantes presuntos titulares de un derecho subjetivo sustancial, tanto como la de facilitar y coadyuvar al cumplimiento de la función jurisdiccional, esclareciendo la verdad del caso litigioso, de modo que sea resultado conforme a derecho y que la resolución pertinente pueda ser eficazmente cumplida.

En suma, como su finalidad es instrumental, la medida del ejercicio de la facultad de solicitar y ordenar medidas cautelares estará dada precisamente por aquella finalidad a que está referida, atendiendo procurar el menor daño posible a las personas y bienes a los cuales afecte la medida.

Por su parte TORREALBA, señala que:

---

adelantar, de un lado, el mayor número posible de actuaciones ejecutivas (para asegurar su eficacia), y poner extremo cuidado, de otro, *en que tales medidas no produzcan los perjuicios irreparables que causaría la ejecución de la sentencia, pues se estaría, entonces, adelantando la ejecución sin que exista título ejecutivo (o lo que es igual, sin que el demandante haya acreditado su derecho a la tutela, y sin que el juez esté facultado para penetrar en el patrimonio del deudor.*

<sup>50</sup> TAVOLARI. La orden de no innovar en el recurso de protección. *Justicia* III. 1992, p. 685.

(...) la finalidad de éstas es garantizar la ejecución de las decisiones judiciales, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos que corresponde dilucidar en el proceso. Apuntan pues, a evitar que las sentencias se hagan ilusorias, a conservar la igualdad procesal mediante el mantenimiento de las situaciones existentes al inicio del proceso y a impedir cualquier circunstancia que pueda alterar las mismas. También se destinan, como luego se detallará, a anticipar, provisoriamente, la realización del fallo de fondo.

Parafraseando a TORREALBA, la Medida Cautelar es una institución de naturaleza procesal de gran valor dentro del derecho, en función de permitir una mayor seguridad jurídica, en el sentido de precaver que un fallo judicial quede ilusorio o no pueda ejecutarse cabalmente<sup>51</sup>.

Por lo antes expuesto, es necesario entender que el derecho a la tutela judicial cautelar, es una orden de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren la situación de hecho o de derecho existente al tiempo de la promoción del pleito, cuando la ejecución de tales actos pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible<sup>52</sup>.

Uno de los fines mencionados y que resulta un aspecto que llama la atención, es la prohibición de innovar consecuencia de la litispendencia, y para que proceda es indispensable que exista una causa pendiente, basada en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa, cuya finalidad es mantener el *statu quo* o estado inicial, de manera que se impida durante el transcurso del pleito la modificación o alteración de la situación existente en la instauración del litigio para evitar perjuicios irreparables<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2005, vol. 7, no 2, p. 191-205.

<sup>52</sup> PODETTI, José Ramiro; LECONTE, Víctor A. Guerrero. *Tratado de las medidas cautelares*. Ediar, 1969.

<sup>53</sup> SPOTA, Alberto G. Fundamento jurídico de la medida de no innovar. *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1956, vol. 11.

Ahora bien, hay una disyuntiva doctrinal acerca del debido uso normativo para el otorgamiento de las medidas cautelares, que se menciona a pesar de no ser el objeto de este trabajo, ya que la aplicación de una u otra de las disposiciones, no está desprovista de consecuencia prácticas, pues es claro que se requiere de una serie de condiciones para el otorgamiento de la medida.

Frente al tema, la doctrina italiana superó este inconveniente, desde que CALAMANDREI en 1936 advirtiera que ciertas cautelas decidían interinamente una relación controvertida, de cuya indecisión podrían derivarse a una de las partes daños irreparables.

En estas medidas, que el autor italiano denominaba del tercer grupo o del grupo <<C>>, la providencia cautelar consiste precisamente en: *“una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario”*<sup>54</sup>. Así, pareciera entonces, que una finalidad anticipativa no es ajena a la tutela cautelar.

---

<sup>54</sup> *Introducción...*, op. cit., págs. 58 y 59. Inclusive en la misma obra, CALAMANDREI había tenido oportunidad de observar que «la calificación de “cautelares” (o asegurativas, que es sinónimo) es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a todas la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza. Pero no todas las providencias cautelares son conservativas: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente. En todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal manera que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar mira a conservar aquel estado de hecho, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos (por ejemplo, el secuestro conservativo que determina la indisponibilidad en cuanto a la futura ejecución forzada de los muebles hoy existentes en poder del deudor); pero otras veces, cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales efectos, debe tender ya no a conservar el estado de hecho existente, sino a operar en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables (se puede pensar, por ejemplo, en el derribo de un árbol que ofrece peligro [...]; o en la providencia de

En este mismo sentido, la jurisprudencia Chilena sistemáticamente ha rechazado medidas en las que se ha pretendido alejar de los fines estrictamente conservativos. De ahí que informando un recurso de queja, la Corte Suprema de Chile<sup>55</sup> indica 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*<sup>56</sup>.

Como se aprecia, no se considera que estas medidas puedan tener fines más allá de los asegurativos, y se descarta los fines anticipativos de la pretensión deducida, descartándose de plano que estas medidas puedan tener otros fines fuera de los precautorios.

Asimismo, desde el Código Procesal Civil y Comercial deben concurrir simultáneamente la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, mientras que en algunas legislaciones procesales administrativas provinciales las medidas cautelares autónomas están reguladas específicamente.

---

urgencia con que el proceso de separación personal el presidente constituye provisoriamente, a cargo de los cónyuges, la obligación de pasar alimentos al otro». *Introducción...*, op. cit., pág. 48 y 49. (El destacado es mío).

<sup>55</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia.*, t. LXIX, (1972), segunda parte, sec. 2, págs. 26 y 27.

<sup>56</sup> 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 —aun entendiendo 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.*

GARCIA PULLES<sup>57</sup>, distingue una finalidad mediata, que según el autor se relaciona con:

(...) el rol que cumple dentro del sistema de distribución de poderes; y una finalidad inmediata, desde dos posiciones predominantes en la doctrina acerca ésta: una que acompaña el sentido que se le da a las medidas cautelares en general, es decir de garantizar la eficacia una sentencia judicial; y otra mucho más teórica, que entiende que el objeto de la medida en cuestión es asegurar la eficacia del acto que resolverá el recurso pendiente.

Con los anteriores referentes, en el caso de Colombia, la jurisprudencia ha dado sus aportes al tema de la siguiente manera, que respecto a la finalidad de las medidas cautelares en el ordenamiento Colombiano, la Sentencia C-379/04 por su parte reza:

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

En consonancia desde la Jurisprudencia consagrada en la Sentencia C-379/04 dice:

---

<sup>57</sup> GARCÍA PULLÉS, F. R. Medidas Cautelares Autónomas en el contencioso administrativo, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, 1ª ed., p. 73.

Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal<sup>58</sup>.

En adición, frente al significado y finalidad de la medida, la Sentencia C-379/04 precisa al decir que:

La caución, definida en el código civil, significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Es decir, dentro de cualquier proceso, la caución como una medida cautelar que es, tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia y por ello, puede entenderse como un medio para asegurar el resultado<sup>59</sup>.

Dado el contexto de aplicabilidad, en el siguiente apartado se resaltaré la clasificación de las medidas cautelares en Colombia.

---

<sup>58</sup> Sin embargo, 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>59</sup> Por su naturaleza, la caución sirve para el resarcimiento de perjuicios a favor del demandante hasta un monto determinado. En sentencia C-316 de 2002, la Corte afirmó que “en términos generales, el sistema jurídico reconoce que las cauciones son garantías suscritas por los sujetos procesales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por éstos durante el proceso, así como a garantizar el pago de los perjuicios que sus actuaciones procesales pudieran generar a la parte contra la cual se dirigen. Así entonces, mediante el compromiso personal o económico que se deriva de la suscripción de una caución, el individuo involucrado en un procedimiento determinado (1) manifiesta su voluntad de cumplir con los deberes impuestos en el trámite de las diligencias y, además (2) garantiza el pago de los perjuicios que algunas de sus actuaciones procesales pudieran ocasionar a la contraparte. Las cauciones operan entonces como mecanismo de seguridad e indemnización dentro del proceso”.

### 4.1.3 Clasificación de las Medidas Cautelares en Colombia

Un referente de interés en este tema se encuentra en la ya conocida publicación de CALAMANDREI<sup>60</sup>, en la que desglosa una clasificación de las medidas cautelares, de las cuales se tipifican entre aquellas providencias instructoras anticipadas, las de aseguramiento de la futura ejecución forzada, y otras que se deciden interinamente, antes de la toma de una decisión final, de una relación controversial que de no tomarse dicha decisión generaría eventualmente daños irreparables (p.53).

De acuerdo a CALAMANDREI<sup>61</sup>, las providencias cautelares pueden ser clasificadas en cuatro tipos:

- ✓ Las providencias instructoras anticipadas, relativas a la conservación de medios probatorios
- ✓ Las providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada, equivalente a las medidas de carácter asegurativo
- ✓ Las decisiones anticipadas y provisorias de mérito
- ✓ Las providencias que imponen cauciones judiciales

En consonancia, el maestro CARNELLUTTI<sup>62</sup>, reconoce en sus trabajos publicados que la medida cautelar no sólo tiene por objeto una finalidad meramente asegurativa de bienes, sino que deben tener un sentido de eficacia en la línea de tiempo procesal, por tanto divide los procesos cautelares en:

- ✓ Inhibitorios,

---

<sup>60</sup> CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. *Buenos Aires: El Foro*, 1996.

<sup>61</sup> *Ibíd*em

<sup>62</sup> CARNELLUTTI, F. *Derecho procesal civil y penal: Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ejea, 1971.

- ✓ Restitutorios
- ✓ Anticipatorios

Por su parte, el Código General del Proceso Colombiano (en adelante CGP)<sup>63</sup>, contempla un sistema mixto para regular las medidas cautelares, las cuales las tipifica en (Art.590):

- ✓ Medidas cautelares típicas (ya existentes o tradicionales)
- ✓ Medidas cautelares innominadas, atípicas o genéricas

Además, FORERO<sup>64</sup>, menciona que le constituyen unas características básicas, a saber:

- ✓ **Son instrumentales:** Por ser un medio del proceso que sirven para garantizar la eficacia y efectividad del mismo.
- ✓ **Son provisionales:** Cumplen su función mientras dura el proceso al cual se vinculan.
- ✓ **Son taxativas:** La ley contempla expresamente las reglas que deben ser acatadas para su funcionamiento.

Lo anterior permite establecer con claridad, el concepto de medida cautelar y su adecuada aplicación, bajo las características que determinan por qué las medidas son de carácter procesal y cuál es su naturaleza.

Sin embargo, antes de proceder a esto, es necesario tener en cuenta la acepción de CARDONA<sup>65</sup>, quien dice:

---

<sup>63</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1564 de 2012: Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial del Congreso de la República de Colombia*, 2012, 48.489, Artículo 590.

<sup>64</sup> FORERO-SILVA, J. *Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. Bogotá, Colombia: 2ª edición, Editorial Temis, 2014.

Es necesario advertir que para decretar cualquier medida cautelar se han establecido requisitos que deben ser cumplidos. La jurisprudencia española, por ejemplo, habla de que haya: (i) la apariencia de un buen derecho (*fumus boni iuris*), (ii) un peligro en la demora (*periculum in mora*) y (iii) que se presten garantías o contracautelas. En el mismo sentido nuestra Corte Constitucional se pronunció en sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009 (CARDONA, p.2).

Ahora bien, de lo anterior podemos revisar la tipología de las acciones cautelares en el contexto Colombiano, ya que su concepto resulta relevante toda vez que determinará el alcance de la medida cautelar, que en manos de cada juez (en atención al tenor literal del cuerpo normativo), definirá el alcance sobre la base doctrinal y jurisprudencial<sup>66</sup>.

Por ejemplo, la jurisprudencia encarnada en la Corte Constitucional a través de la sentencia C-485 de 2003, advierte:

(...) el legislador, aunque 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. En este evento el juez debe resolverlas a más tardar el día siguiente del reparto o de la presentación de la solicitud. Al igual que en todas las actuaciones procesales dentro del marco del Código General del Proceso colombiano, si el juez cuenta con medios tecnológicos, como los electrónicos, para comunicar las órdenes de medidas cautelares, lo deberá hacer por el medio más expedito.

---

<sup>65</sup> CARDONA NEIRA, Santiago, et al. aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas ya las medidas anticipatorias. *Revistas ICDP*, 2015, vol. 42, no 42.

<sup>66</sup> SARMIENTO, Eduardo García. *Medidas cautelares: introducción a su estudio*. Librería El Foro de la Justicia Editorial, 1981.

En consonancia, el panorama dentro del cual se ha expuesto la procedencia de las medidas cautelares, en especial mora judicial como fenómeno que afecta a todos los sistemas judiciales a nivel global, ha hecho de tales instrumentos <<procedentes>>, como medio de eficacia judicial.

También la Ley 1564 de 2012 (CGP), señaló a partir del capítulo I del título I del libro cuarto, lo relativo a las medidas cautelares aplicables a los procesos declarativos (L. 1564/2012, arts. 588 al 597), especialmente a los procesos de familia (artículo 598); y, en el capítulo II las aplicable a los procesos ejecutivos (arts. 599 al 602).

Estas normas mencionan que en relación a las medidas cautelares tradicionales, advierte que el Juez dispone de otras medidas alternativas, concediéndole libertad para que adopte cualquier otro instrumento que encontrare 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 (literal c) de numeral 1 del artículo 590 ibídem)<sup>67</sup>.

Por su parte el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, en materia contencioso administrativa, señala:

(...) refiere lo relativo a las medidas cautelares aplicables a todos los procesos declarativos que se adelanten ante dicha jurisdicción, disponiendo que el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar, en providencia motivada, “(...) las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (...)” (L. 1437/2011, Art. 229).

---

<sup>67</sup> QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. *Procesos y Medidas Cautelares, Comentarios a la Convención Interamericana, Sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*. Okey e Impresores, 1991.

De acuerdo con lo allí contenido, aunque pareciera que el juez dispone de cierta libertad para adoptar las medidas que a bien tenga, lo cierto es que el último apartado de ésta disposición limita su ejercicio a las alternativas señaladas en dichos preceptos, las que a juzgar por lo señalado en el artículo 230 (L. 1437/2011), son las siguientes:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (...)

Para en el caso de las medidas cautelares en el ordenamiento penal, se pretende de igual forma asegurar que la decisión definitiva se cumpla (de serle adversa al imputado); y, en los asuntos litigiosos, se mantiene el decreto de medidas cautelares nominadas dado su uso frecuente.

Así pues, los conceptos expuestos le dan la orientación pertinente y necesaria a esta investigación, por lo que una vez revisada la tipología de las medidas cautelares en Colombia, es necesario conceptualizar lo correspondiente a la MCI.

#### 4.2 CONCEPTO Y FINALIDAD DE MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA

Con el objetivo de iniciar la aproximación conceptual desde varios autores, hay que entender que es algo aparentemente nuevo en el derecho, o por lo menos en el derecho procesal Colombiano lo es, donde algunos autores la definen como:

Son 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 temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (procesal, 1989, p. 91)<sup>68</sup>.

Para PARRA<sup>69</sup>, esta noción en las jurisdicciones de la jurisprudencia colombiana permitieron al proceso requerir las medidas cautelares adaptadas a cada caso en concreto, sobre las que impusieron las medidas, puesto que:

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. Ahora bien, se dice que cuando se habla de estas medidas, se está hablando de todas aquellas providencias que el juez puede dictar, medidas asegurativas o conservadoras, por el contrario pueden ser autorizaciones o pueden ser prohibiciones (p. 302).

---

<sup>68</sup> CRUZ TEJADA, Horacio. Medidas cautelares innominadas. *Revista del instituto colombiano de derecho procesal*, 1989, p.91.

<sup>69</sup> PARRA QUIJANO, J. *Medidas cautelares innominadas*. Bogotá: Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2013, p.315-317.

Por su parte CABANELLAS<sup>70</sup>, de la MCI menciona que:

(...) teniendo presente el concepto de medidas cautelares la doctrina y la jurisprudencia diferencio las medidas cautelares anticipatorias ante todo centrándose en la efectividad, eficacia y seguridad dentro del proceso. Por tal razón se puede definir las medidas anticipatorias como: Una medida que otorga preponderancia a la actividad del juez quien ha de atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciar si en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño; y todas las demás circunstancias que le llevan 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 (p.185).

Para iniciar, RIASCOS-GÓMEZ<sup>71</sup>, refiere que a la doctrina procesal civilista le ha parecido más pertinente desplegar una figura jurídica por los elementos que la componen antes que dar un concepto imperfecto, por lo que se aplica por regla general, el método deductivo para ir develando su esencia.

Es claro que existen unos lineamientos a los que obedece la conceptualización de las medidas cautelares desde la lógica-jurídica, que en este particular, el *ius-civilista* español RAMOS MÉNDEZ<sup>72</sup>, en su obra jurídica de la *Teoría General de las medidas cautelares*, habla:

---

<sup>70</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, tomo III. *Argentina*, editorial Heliasta, 1991.

<sup>71</sup> RIASCOS-GÓMEZ, L. *Teoría General de las Medidas cautelares en el procedimiento administrativo Español y Colombiano*, 2008. Obtenido de [http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Mcauteladas\\_A.pdf](http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/Mcauteladas_A.pdf)

<sup>72</sup> RAMOS-MÉNDEZ, F. *Derecho procesal civil*. Barcelona, España: Librería Bosch, 1980.

Del concepto y fundamento de medidas cautelares, se deduce que su intención no es definir las medidas cautelares, sino más bien proponer un sistema de elementos definidores de la figura jurídico procesal estudiada. Acatando implícitamente así, el desglose de los elementos definidores de las medidas cautelares más que una definición marco de las mismas (p.897).

Desde un sentido práctico, los códigos procesales en general, dan al juez la posibilidad de adoptar medidas de carácter provisional o transitorio, lo que permite a la autoridad jurisdiccional darle algún grado de garantía a las partes, mientras se surten las etapas procesales.

En este sentido, FORERO SILVA<sup>73</sup>, sobre las Medidas Cautelares Innominadas (MCI), señala que son aquellas que no se encuentran consagradas en el código, y su concepto y aplicación, va mucho más allá de la simpleza taxonómica, es por eso que el autor la define de la siguiente forma:

Las medidas cautelares innominadas son las no previstas en la ley, que facultan al juez para que las decrete según su prudente juicio, a fin de evitar que las condenas impuestas en la sentencia resulten ilusorias. Se permiten para todo proceso declarativo sin importar cuál es la pretensión que se aduce, puesto que literal C del artículo 590 de la nueva codificación, que se complementa con el inciso inicial y con el numeral 1 del referido artículo, se refiere a su viabilidad siempre que se trate de procesos declarativos y el demandante la hayas solicitado en cualquier momento, desde la presentación de la demanda (p. 27).

Con certeza del concepto, es fundamental para el desarrollo del documento, que se haga una diferenciación más concisa de lo que son las medidas cautelares y

---

<sup>73</sup> FORERO-SILVA, J. *Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. Bogotá, Colombia: 2ª edición, Editorial Temis, 2014.

las Medidas Cautelares Innominadas en el ámbito jurídico, a las cuales FORERO, se refiere:

A diferencia de las medidas cautelares nominadas, es decir las que se encuentran tasadas en la ley según la pretensión aducida en la demanda, que se conservan para los procesos en que se reclaman derechos reales principales o en aquellos en que se impiden condenas por concepto de indemnizaciones (C.G.P., art 590 num. 1 litis. a) y b), el nuevo estatuto procedimental se aparta del *numerus clausus*, que ha imperado en esta materia, para dotar al juez de un mayor poder cautelar, por lo que podrá decretar una medida que resulte compatible con la pretensión aducida, a fin de que ésta se puedan materializar si la sentencia favorable para el demandante (p. 27).

En consideración, nada impide que si el juez ve plausible el derecho reclamado, decrete medidas cautelares adicionales a las nominadas en la ley, eligiendo libremente la que resulte más idónea para evitar el riesgo. Además, en el curso del proceso el juez debe obrar en forma ponderada y racional como lo impone el inciso tercero del literal B numeral primero del artículo 590 del CGP (p.28).

De acuerdo con lo anteriormente referido, se hace necesario detallar con mayor moderación y explicitud dos aspectos, el primero relacionado con la oportunidad y concreción de la solicitud de la medida cautelar innominada y el segundo, el poder cautelar que la nueva codificación le otorga al juez, siendo este, uno de los puntos principales a la hora de analizar la medida cautelar innominada, tal como lo consideran el literal c) del numeral 1 del artículo 590 del CGP<sup>74</sup>.

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,

---

<sup>74</sup> Es necesario señalar que si bien las MCI se encuentran actualmente reguladas en el CGP, en el marco histórico se realiza un recuento de las demás normas que las consagraban.

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.

Así, FORERO<sup>75</sup>, se permite en señalar que :

Las medidas cautelares innominadas, con las que el legislador autoriza al juez para que disponga la medida que resulte útil al asunto al cual accede, y que puede ser la que pida el actor u otra distinta, han sido reguladas en disposiciones especiales con experiencias satisfactorias, como en las acciones constitucionales de tutela y populares, en las acciones de competencia desleal, las de violencia intrafamiliar, o en las acciones revocatorias o de simulación de actos realizados durante el período de sospecha, cuando dichas acciones se tramitan en el proceso concursal (p.88).

Frente a la adopción de la medida cautelar innominada, a petición del demandante, el juez podrá decretar las medidas cautelares contenidas en el artículo 590, teniendo presente los criterios que le configuran, como son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, que conciernen, a la apariencia de buen derecho y la amenaza del daño por el peligro en la demora del proceso.

Asimismo, CABRERA RIAÑO<sup>76</sup>, indica que para aplicar adecuadamente los criterios descritos, el juez debe acudir al análisis de los lineamientos que orientan los incisos 2º y 3º del literal c) del numeral I del artículo 590 del Código General del Proceso, que disponen:

(...) Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del

---

<sup>75</sup> FORERO-SILVA, J. *Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. Bogotá, Colombia: 2ª edición, Editorial Temis, 2014.

<sup>76</sup> CABRERA RIAÑO, Diego Faubricio. Estudio a las medidas cautelares innominadas, en vigencia del código general del proceso. *IUSTA*, 2014, vol. 1, no 40.

derecho. Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada (CGP, art.590).

A partir de los incisos transcritos se puede identificar las directrices que el juez tendrá en cuenta, para conceder las cautelas en estudio, así:

- ✓ Legitimación de las partes
- ✓ Interés para actuar
- ✓ La necesidad de adoptar la medida, así como la efectividad de la que decrete
- ✓ La proporcionalidad de la medida
- ✓ Su alcance y duración

De igual forma, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la providencia STC13020-2016 considera:

Si bien es cierto que el demandante debe esforzarse por persuadir al juez de que le asiste el derecho que reclama, y para ello ha de formular una demanda convincente, con argumentos apoyados en material probatorio que respalde los hechos relatados, lo que estimula las pruebas extraprocesales para que las practique y las acompañe a la demanda, pudiendo de esta manera transmitir al juez que sus reclamos son válidos, y que por el momento se advierte la probabilidad de que su derecho pueda ser reconocido favorablemente.

De allí la importancia del inciso 3° del literal c) del artículo 590 de la nueva codificación, que señala: "(...) *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”.*

Se concluye, de acuerdo a lo expuesto por FORERO:

(...) para que se decreten medidas cautelares innominadas es necesaria la petición de parte, y formulada esta solicitud, el juez podrá acceder a la petición (si es sensata y coherente con lo reflejado en la demanda-, o apartarse de ella y decretar otra que resulte afín con el derecho reclamado, pero si más adelante considera que las circunstancias han cambiado, oficiosamente o por solicitud de la parte interesada, podrá ordenar su modificación por otra menos gravosa, u otra más consistente con la pretensión invocada<sup>77</sup>(p. 29-33).

Las Medidas Cautelares Innominadas (MCI), tienen un origen en el derecho colombiano, por tanto, para dar una mirada a ese inicio, Ramiro Bejarano Guzmán, Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, al referirse a la MCI, hace una retrospectiva desde la constituyente de 1991, donde describe que de una u otra forma, la Corte Constitucional dio un paso importante al dar lugar a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, bajo la entonces revolucionaria doctrina<sup>78</sup>.

No obstante, se requería que existiera un medio de defensa alternativo que permitiera, de igual o mejor manera que la tutela, proteger los derechos en cuestión (Decreto 2591/91, art. 6º, num. 1º).

---

<sup>77</sup> El nuevo estatuto procedimental faculta al demandado a ofrecer caución (contracautela) para impedir o levantar las medidas que fueron decretadas, siempre que la pretensión sea patrimonial, pecuniaria o económica, a fin de garantizar la eventual condena indemnizatoria. Así lo dispone el inciso final del literal c) del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso que reglamenta las medidas "innominadas".

<sup>78</sup> BEJARANO GUZMAN, Ramiro. La constitucionalización de la medida cautelar innominada. 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/procesal-y-disciplinario/la-constitucionalizacion-de-la-medida-cautelar>

Ante esa situación, muy pronto, la Corte se vio enfrentada a argumentos sobre la ineficacia de un sistema judicial que ofrece amplitud de vías, que en su mayoría son apenas conquistas formales que poco contribuyen al avance real de derechos, pues solo la primera instancia de un proceso implica un trámite de 4 o 6 años<sup>79</sup>.

De igual forma, el juez comprendió que la demora en las vías alternativas ofrecidas por el ordenamiento convertía a la acción de tutela en el único mecanismo real para la protección inmediata de derechos, toda vez que en comparación con otras disposiciones legales para defender los derechos de las personas, estas resultaban totalmente inservibles y perecedoras<sup>80</sup>.

En este sentido, ante la demora en la justicia que se imparte en Colombia, la Corte Constitucional declaró la improcedencia de la acción de tutela, ante la existencia de medios alternativos en la jurisdicción contencioso administrativa y la posibilidad de solicitar medidas cautelares tendientes a suspender los efectos de los actos considerados ilegales<sup>81</sup>.

Por tanto, la existencia de una serie de cautelas para detener de forma temporal los efectos de un acto administrativo considerado lesivo puede constituir un mecanismo que supla el uso de la acción de tutela.

En efecto, para el caso de las Medidas Cautelares Innominadas (MCI), en el Código General del Proceso, permite vislumbrar que si los jueces civiles se empoderan de su uso, pueden ofrecer alternativas para la protección de derechos tradicionalmente objeto de la acción de tutela, atendiendo a la demora en los procesos civiles.

---

<sup>79</sup> AGRAST, Mark David; BOTERO, Juan Carlos; PONCE, Alejandro. *The world justice project: rule of law index 2010*. World justice project, 2010.

<sup>80</sup> BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. *Procesos declarativos*. Bogotá, Temis, 2005.

<sup>81</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. T-427 de 2015.

Sin que se pretenda contrarrestar el papel de la acción de tutela, la adecuada petición y decreto de las MCI en los procesos civiles puede impedir la fuga de las causas propias de esta jurisdicción, cuya sola existencia revolucionó la justicia en Colombia, a pesar de que en la actualidad las MCI siguen siendo un asunto visto desde la barrera por litigantes y jueces.

Bajo la consideración anterior, se debe tener en cuenta que la institución de las medidas cautelares en el sistema jurídico colombiano se elaboró con base en costumbres de la sociedad a través del tiempo, donde su fundamento ha estado sujeto al sentido de practicidad, tal y como su origen etimológico indica:

Del latín *cautela*, es un verbo transitivo, indica “prevenir”, “precaver”; y *Cautela* (del latín *cautela*, de *catus*, *cauto*) “precaución y reserva con que se procede”. *Cautelar*, adjetivo derivado de preventivo, precautorio. Dícese de las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo. A su vez el término “precaver, prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo (p.127)<sup>82</sup>.

Desde esta aproximación, se empieza a elaborar una estructura en torno a la idea de la precaución o prevención a un posible daño, así que la palabra cautelar es la forma que utiliza el proceso para avisarnos que se expone la posibilidad de adoptar medidas, que en relación a las circunstancias de cada caso permiten restablecer anticipadamente el orden<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> REY CANTOR, Ernesto; REY ANAYA, Angela M. Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2010.

<sup>83</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, tomo III. *Argentina*, editorial *Heliasta*, 1991.

Atendiendo a esta consideración, BOUNGERMINI, citado por AMAYA <sup>84</sup> menciona que:

(...) al fin y al cabo, suponen una anticipación a la garantía constitucional de defensa de los derechos, al permitir asegurar bienes, pruebas, mantener situaciones de hecho o para ayudar a proveer la seguridad de personas, o de sus necesidades urgentes. Su finalidad es evitar perjuicios eventuales a los litigantes presuntos titulares del derecho subjetivo sustancial, tanto como la de facilitar y coadyuvar al cumplimiento de la función jurisdiccional, esclareciendo la verdad del caso litigioso, de modo que sea resuelto conforme a derecho y que la resolución pertinente pueda ser eficazmente cumplida (p. 1).

De esta manera, las medidas cautelares se dan en el marco de la necesidad de ofrecer igualdad a las partes en el juicio, así que más que brindar justicia su objetivo es lograr que haya un cumplimiento eficaz de las necesidades del demandante.

Es por esto, que las medidas cautelares deben corresponder a cada una de las pretensiones actuales o futuras, a causa de la existencia plena de este derecho, y que desde el sustento constitucional, son un elemento integrante del derecho de todas las personas al acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal.

En este sentido, la jurisprudencia C379 de 2004 de la Corte Constitucional ha estudiado el tema con detenimiento y ha puesto de manifiesto respecto a las MCI que:

---

<sup>84</sup> AMAYA, Contreras; YERFER, Jeiner. *Medidas cautelares innominadas y anticipatorias un análisis comparado en las distintas jurisdicciones del régimen jurídico colombiano*. 2015. Tesis de Licenciatura.

(...) 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>85</sup>.

El investigador AMAYA, al respecto recapitula que el fin de la medida ha sido y será brindar eficacia en los procesos, considerando la acepción histórica del derecho romano y traído a la actualidad, cita un aparte del antiguo código<sup>86</sup>, así:

El origen del poder cautelar general atribuido al juez en el derecho moderno, se hace remontar por algunos autores a los interdictos innominados que el pretor tenía la libertad de crear en el derecho romano clásico. Son los interdictos posesorios, los que resultan ser las figuras paradigmáticas de la medida cautelar, de la misma manera, los interdictos del derecho romano constituían un medio para garantizar con un procedimiento rápido el orden jurídico y de policía que debe ser asegurado en la comunidad<sup>87</sup>.

A partir de las anteriores consideraciones de la medida cautelar, y fruto de la compilación de las clásicas medidas cautelares hacia las denominadas genéricamente tutelas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en la

---

<sup>85</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C379 de 2004, pp. 1-2.

<sup>86</sup> CRUZ TEJADA, Horacio. Medidas cautelares innominadas. *Revista del instituto colombiano de derecho procesal*, 1989, p.88-90.

<sup>87</sup> *Interdictum* –según RICCOBONO- era emanado del magistrado por solicitud de una persona privada contra otra, la cual impone un cierto comportamiento, hacer o no hacer; y era la emanación del *Imperium* del magistrado, por lo que la competencia para dictarlos era exclusiva de los magistrados, la distinción de los interdictos en exhibitorios, restitutorios y prohibitorios, según que el mandato del pretor sea el de exhibir, restituir o prohibir alguna cosa”, aclarando que la palabra *interdictum* se aplicaba en su origen más propiamente a los interdictos prohibitorios, que consisten en una verdadera interdicción negativa, mientras que para los otros se podía emplear la palabra *decretum*.

jurisprudencia y en consonancia con la legislación comparada, se adopta en la legislación colombiana, en el nuevo Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, las Medidas Cautelares Innominadas (MCI), donde es pertinente analizar en el contexto de la presente investigación, si la legislación civil colombiana decreta y aplica las MCI, que se dicten en un contexto y criterio jurisprudencial.

Respecto del análisis de dichos principios, el doctrinante DWORKIN<sup>88</sup>, considera:

(...) los principios como un estándar jurídico que debe ser aplicado con el fin de lograr todo tipo de dimensiones morales, se llama “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 72).

Existe además otro teórico, ALEXY<sup>89</sup>, que identifica los principios como:

(...) un deber ser, es decir, como la más alta medida posible como mandato de optimización. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos (p. 86).

Teleológicamente, la MCI se trata de un medio eficaz que utiliza el Estado para materializar fines como el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y

---

<sup>88</sup> DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*, 1995, vol. 3, no 1, p. 2-11.

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Fontamara, 1993.

deberes consagrados en la Constitución y asegurar el orden bajo actos jurídicos relacionados entre sí, ordenados con criterio lógico<sup>90</sup>.

En consecuencia, no basta con la previsión normativa de procesos y procedimientos, sino que su mismo desarrollo puede dar lugar a situaciones en las que formalmente existe interés de la Justicia por resolver asuntos aunque no de forma inmediata, pero sí en lapsos de tiempo más cortos.

En este orden de ideas, ROJAS y BAÉZ, justifican su naturaleza al decir que:

(...) su fin es el de garantizar principios constitucionales como la efectividad del fallo o el acceso a la justicia. Buscan en esencia, asegurar que el éxito del proceso sea material y no solo formal, esto es, que al final del decurso procesal, la decisión sea ejecutable e incluso, hoy por hoy, que el derecho que está siendo objeto de controversia dentro del trámite, cuando de protección se trata, no siga siendo lesionado, caso tal en el cual han de tenerse en cuenta los principios de proporcionalidad, idoneidad, instrumentalidad y variabilidad.

En este aspecto, BELTRAN<sup>91</sup>, las ha justificado aduciendo:

Existe la necesidad de evitar que los fallos sean ilusorios, lo que sin duda ocurriría si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar su resultado, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido, lo que ha llevado a sostener que se trata de aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso, bien sea este civil, laboral, administrativa, penal y hasta en aplicaciones en jurisdicción internacional (p.1622).

---

<sup>90</sup> ROJAS, Edgard Baqueiro; BAÉZ, Rosalía Buenrostro. *Derecho de familia y sucesiones*. Oxford University Press, 2004.

<sup>91</sup> BELTRÁN, A. M. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ¿ un problema en la definición de las políticas públicas o en la interpretación de un sistema de aseguramiento. *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*, 2004, vol. 57, p. 1620-1632.

De esta forma ROJAS<sup>92</sup>, considera preciso fijar en el campo de las medidas cautelares, algunas variables nominadas y tal vez de mayor uso, dejando sin embargo al Juez un espacio de libertad configurativa para que acuda a las medidas cautelares innominadas (sin regulación específica), que con todo y ello, contribuyan en su labor de asegurar la eficacia material del proceso (p.226).

En consonancia, a continuación se realizará un desglose del concepto de <<Medida Cautelar Innominada>> desde la revisión de documentos publicados en portales como vLex, Google Scholar, Science Direct y Redalyc.

De forma general se entiende, que tanto en la medida cautelar tradicional como en la MCI, el atributo característico es el de eliminar las posibles injusticias que se pudieran presentar en un proceso, por lo que dichas medidas se dan paso tras una finalidad que suele ser provisoria, instrumental y variable<sup>93</sup>.

Del carácter provisorio de las medidas cautelares se entiende que no es tan provisional, pues la medida puede durar lo que dure el proceso hasta el fallo final, debido a su característica instrumental, si bien se ha considerado accesoria de la justicia, es en esencia una herramienta procesal para garantizar la eficacia de la misma<sup>94</sup>.

Se debe señalar que las medidas cautelares no son concluyentes, por lo que toda medida cautelar tiene cambios en cuanto a su fondo y forma, por lo que el juez puede aceptar o negar la solicitud de una de las partes, toda vez que se cumpla con los aspectos mínimos en el estado del bien o del derecho violado.

---

<sup>92</sup> ROJAS, Edgard Baqueiro; BÁEZ, Rosalía Buenrostro. *Derecho de familia y sucesiones*. Oxford University Press, 2004, p.226.

<sup>93</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 523 de 2009, p. 3.

<sup>94</sup> TORREALBA NAVAS, Federico. Lecciones de contratos. *San José, Costa Rica: ISOLMA*, 2009, p.184.

Para GÓMEZ ALSINA, PALACIOS, & NORO VILLAGRA, citados por AMAYA<sup>95</sup>, las Medidas Cautelares Innominadas y Anticipatorias en general deben usarse cuando se demuestre un peligro de daño a los derechos provenientes de la lentitud del proceso, demostrado mediante las respectivas pruebas que se deberá otorgar o negar la solicitud de dichas Medidas Cautelares Innominadas, para la protección y decisión de los derechos vulnerados.

Al respecto en su postura de doctrinante PARRA QUIJANO<sup>96</sup>, considera que en los distintos procesos, en cuanto a la aplicación de la medida cautelar innominada se debe tener en cuenta:

Que lo pretendido por el demandante sea probablemente lo que se acogerá en la sentencia (Apariencia de buen derecho), 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 la demanda. Los datos y pruebas le sirven para construir una hipótesis, probablemente el demandante tiene razón. Y requiere que teniendo retenida en la memoria la demanda, imagine el posible resultado. La imaginación, como anticipa y previene, sirve a la acción, esboza la configuración de lo realizable, antes de que sea realizado (p. 315).

En este sentido, el Código General del Proceso Colombiano permite tanto el uso de las Medidas Cautelares Nominadas como de las Innominadas, atípicas o genéricas, en materia de derecho procesal civil mediante las cuales se visualiza la posibilidad de disponer de un sistema mixto para la solicitud, decreto y práctica de las mismas.

---

<sup>95</sup> AMAYA, Contreras; YERFER, Jeiner. *Medidas cautelares innominadas y anticipatorias un análisis comparado en las distintas jurisdicciones del régimen jurídico colombiano*. 2015. Tesis de Licenciatura.

<sup>96</sup> PARRA QUIJANO, J. *Medidas cautelares innominadas*. Bogotá: Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2013, p.315-317.

Según CUELLAR PARRA<sup>97</sup>, la medida cautelar innominada, como lo expresa su nombre es:

(...) aquella que no se encuentra consagrada en ninguna norma, es decir, su aplicación está contemplada, pero no de una forma específica, pues surgen de acuerdo con la necesidad de quien solicita el amparo de la justicia y su aplicación depende del juez y su prudente juicio.

Una ampliación del concepto de medida cautelar innominada dada por SALCIPA<sup>98</sup>, dice:

En el proceso civil, la figura de la medida cautelar innominada, tiene como fin la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurarla efectividad de la pretensión (p.67).

Las Medidas Cautelares Innominadas son, según el profesor JORGE FORERO SILVA: “(...) *las no previstas en la ley, que faculta al juez para que las decrete según su prudente juicio, a fin de evitar que las condenas impuestas en la sentencia resulten ilusorias*” (p.2).

Para el profesor JAIRO PARRA QUIJANO<sup>99</sup>:

(...) se trata de aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la

---

<sup>97</sup> CUELLAR PARRA, G., & VILLAMIZAR TORRADO, K. *El principio de proporcionalidad en las medidas cautelares innominadas como garantía a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisdicción ordinaria civil colombiana: Un estudio desde la jurisdicción ordinaria civil del distrito judicial de Cúcuta*. Cúcuta, Colombia: Repositorio Universidad Libre de Colombia, 2016.

<sup>98</sup> SACIPA-LOZANO, N. (). *Medidas cautelares innominadas en procesos laborales en Colombia*. *Univ. Estud. Bogotá*, 2017, (15), p.67-84.

<sup>99</sup> PARRA QUIJANO, J. *Medidas cautelares innominadas*. Bogotá: Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2013, p.315-317.

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” (p.302).

Concepto similar comparte ARISTIDES RENGEL<sup>100</sup>, al definir las 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 temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (p.82).

Bajo esta revisión conceptual, podemos decir que para los propósitos del presente trabajo, la definición que adoptaríamos como propia sería:

Las Medidas Cautelares Innominadas como herramienta procesal son aquellas previstas por la ley, pero no expresamente declaradas por el legislador, decretadas por el juez previa solicitud de parte, mediante las cuales en cada caso particular sobre la base de los aspectos de buena forma del derecho, proporcionalidad y realidad, tiene como finalidad la protección del derecho, 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.

Se puede decir que la medida cautelar innominada tienen puntos de vista doctrinales y jurisprudenciales que en general apuntan en la misma dirección, por lo que es preciso hablar de sus características e importancia.

---

<sup>100</sup> RANGEL ROMBERG, Aristides. Medidas Cautelares Innominadas. *Rev. Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 92. 1989.

#### 4.2.1 Características de las Medidas Cautelares

A través de la doctrina y jurisprudencia se ha resaltado constantemente que la tutela cautelar se destina a evitar los perversos efectos de la duración del proceso, puesto que es precisamente dicha duración la que determina la necesidad de ésta.

Partiendo de esa importancia TORREALBA <sup>101</sup>, describe las características generales más resaltantes. En ese sentido se señalan las siguientes:

1. **Provisionalidad:** su función cesa al dictarse el fallo de fondo.
2. **Instrumentalidad:** no constituyen un fin en sí mismas, sino que sólo sirven para proteger, precaver o prevenir un fallo principal, de tal manera que son un instrumento del proceso para garantizar la eficacia y efectividad del proceso mismo.
3. **Sumariedad:** brevedad y prescindencia del proceso de cognición para su resolución dada la urgencia.
4. **Revocabilidad:** su otorgamiento y duración depende de la situación fáctica, por lo cual es mutable.
5. **Inexistencia de cosa juzgada:** consecuencia de la anterior.
6. **Adecuación:** congruencia con la preten-sión de fondo.
7. **Jurisdiccionalidad:** son disposiciones jurisdiccionales en aras de proteger o precaver que el fallo de un juicio principal quede infructuoso o ilusorio en su ejecución y, por otra parte, la efectividad del proceso jurisdiccional.

En adición a lo anterior, para la autora MIRET<sup>102</sup>, las medidas cautelares tienen las siguientes características:

---

<sup>101</sup> TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel. Manual de Contencioso Administrativo. *Editorial Texto*. Caracas, 2009.

<sup>102</sup> MIRET, Noelia Mallandrich. *Medidas cautelares y arbitraje*. Atelier Libros, 2010.

1. **Instrumentalidad:** Es una característica esencial de las medidas cautelares es la instrumentalizada porque vincula las medidas cautelares con el proceso principal que sirven garantizando la efectividad del resultado.
2. **Provisionalidad:** Es una medida cautelar una forma de tutela que se desarrolla al interior del proceso, así es revocable o modificable a un de oficio.
3. **Contingencia:** Posibilidad de que el juez al momento de dictar la medida, sepa de que será el vencedor.
4. **Temporalidad:** Es relacionado con la provisionalidad, no es definitivo, por tanto es variable durante la tramitación de la investigación y el proceso tiene una duración limitada.
5. **Variabilidad:** Se altura según la situación de dicho fundamentos que dieron lugar a su adopción.
6. **Proporcionalidad:** Se realiza por órgano jurisdiccional a quien corresponde realizar un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida.

Las razones formales apuntan a proteger la futura ejecución de un fallo, y los fallos sólo pueden ser conocidos, sustanciados y decididos por los órganos jurisdiccionales. Por su parte BUONGERMINI<sup>103</sup>, hace referencia a que la doctrina ha asignado una gran variedad de notas distintivas a las medidas cautelares, de las cuales se puede citar una serie de características, a saber:

1. **Accesoriedad:** Esta nota existe en todas las medidas cautelares, incluso en aquellas que han dado en denominarse autónomas, pues todas son un accesorio del proceso, en razón de una pretensión principal que se quiere salvaguardar, pues aún las medidas autónomas deben estar referidas a un

---

<sup>103</sup> BUONGERMINI, María. Medidas Cautelares. En: Derecho procesal. Tesis. Asunción, 2014.

derecho controvertido cuyo reconocimiento se quiere lograr en virtud del ejercicio de una acción en juicio<sup>104, 105</sup>.

Así pues, la medida cautelar estaría relacionada con una pretensión cuya nota es no solo su futuridad, sino también su eventualidad, vale decir la mera hipótesis de su existencia.

2. **Provisionalidad:** Las medidas cautelares pueden modificarse o suprimirse si cambian las circunstancias dadas al tiempo de decretarlas. Esta característica ha llevado a los autores a decir que la decisión sobre las medidas cautelares, ya sea para desestimarlas o acogerlas, no hace cosa juzgada. Por lo tanto esta decisión puede ser modificada o revocada, aun cuando ya se halle *preclusa* la oportunidad procesal para impugnarla.

En efecto, la medida cautelar otorgada puede ser revisada posteriormente teniendo en cuenta que puedan resultar falsos los hechos alegados para obtenerlas, o si la situación original que dio paso a las mismas sufre cualquier alteración o cambio. Igualmente, el pronunciamiento sobre la cuestión principal debatida determina la suerte de la medida cautelar, la cual se extingue de pleno derecho<sup>106</sup>.

Este aspecto tiene lugar independientemente del sentido en que se decide el litigio, dado que si la sentencia acoge la demanda, esta decisión reemplaza (o en ocasiones modifica), la resolución que ha ordenado la medida cautelar. Si por el

---

<sup>104</sup> PODETTI, J. Ramiro, Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, T. IV, Tratado de las Medidas Cautelares, Ed. Aguiar, 1956, Bs. As, p.12.

<sup>105</sup> CHIOVENDA, Instituciones del Derecho Procesal Civil, T. I. Madrid, 1936, p.298.

<sup>106</sup> MARTÍNEZ, B., op. cit., pág. 81; En: NOVELLINO, Norberto José. *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*. Abeledo-Perrot, 1984, p.24.

contrario, la sentencia desestima la pretensión deducida, la medida cautelar se extingue *ipso iure*, sin necesidad de una declaración expresa en este punto<sup>107</sup>.

Así pues, las medidas cautelares se extinguen cuando el proceso al cual se hallan vinculadas termina por cualquiera de los modos anormales previstos en el derecho procesal, a saber: por caducidad, desistimiento, allanamiento, y demás. Del mismo modo terminan cuando se produce la caducidad de la medida cautelar misma, al no haberse intentado la acción para la cual fueron dictadas.

3. **In audita parte:** En los procesos cautelares el trámite es esencialmente sumario y por ende la resolución en él tomada tiene una impronta de superficialidad en cuanto a la verdad de la pretensión deducida. Las medidas cautelares son, pues el resultado, no de un proceso amplio de cognición, donde se proveen los mecanismos necesarios para la consecución de certeza, sino de un proceso abreviado que no requiere de la participación de la parte contra la cual se dictan<sup>108</sup>.

En conclusión, puede señalarse que los recientes cambios en la aplicación judicial han convertido la figura de la protección cautelar ante la jurisdicción civil en un instrumento procesal de gran importancia estratégica a la hora de decidir entre las diversas opciones que se plantean ante un conflicto relacionado con la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

#### **4.2.2 Importancia de las Medidas Cautelares**

---

<sup>107</sup> MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas cautelares: embargabilidad e inembargabilidad, embargo preventivo, secuestro, inhibición de bienes, prohibición de innovar, intervención judicial, anotación de litis: jurisprudencia, modelos y legislación*. 1999.

<sup>108</sup> PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. 1993.

Las medidas cautelares cumplen un rol fundamental en la vida del proceso, cuya eficacia depende, muchas veces, de la existencia y alcance que se le reconozca a aquéllas. Es oportuno mencionar, que en la doctrina se ha venido entendiendo la necesidad que el proceso no se alargue más allá de un tiempo razonable, pues puede implicar un grave peligro para la tutela real del derecho que el demandante pretende que sea declarado en la sentencia, y eso conlleve a ineficacia<sup>109</sup>, <sup>110</sup>.

Es preciso advertir que la función jurisdiccional, que se desarrolla tanto en el proceso declarativo civil y de familia, como en los procesos de ejecución, no resulta suficiente como para poder decir que se ha otorgado satisfacción plena del derecho.

En este orden de ideas, un aspecto concreto de la medida cautelar es resolver un conflicto de intereses de relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, mientras que su finalidad abstracta, es lograr la paz social en justicia<sup>111</sup>.

Para alcanzar tales finalidades es necesario que del proceso derive un resultado material que no es otro sino el efectivo cumplimiento de la sentencia. No basta con la declaración judicial, es necesario que se dé una auténtica composición de la *litis*, es decir que sea resuelta eficazmente<sup>112</sup>.

Por ello, la medida cautelar funda su importancia al constituir un mecanismo procesal que probablemente permitirá asegurar la ejecutabilidad del fallo final

---

<sup>109</sup> PUJADAS TORTOSA, Virginia, et al. Para una teoría general de las medidas cautelares penales. 2008.

<sup>110</sup> CHACÓN, Enrique Napoleón Ulate. Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2007, no 114.

<sup>111</sup> INCHAUSTI, Fernando Gascón. *La Adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda*. Cedecs, 1998.

<sup>112</sup> MARÍN, Juan Carlos. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2006, no 8, p. pp. 13-37.

(pues no toda medida preventiva es absoluta), lo que de por sí puede significar la futura obtención del resultado material aludido, contribuyendo de esa manera a lograr la finalidad del proceso.

Es tanta su importancia, que el doctrinante GOZAÍNI la destaca diciendo que:

De esta manera, la figura procesal en mención trasciende de manera considerable porque garantiza que durante el curso del proceso no se convierta en ilusoria la declaración judicial contenida en la sentencia, permitiendo un real cumplimiento de ella, (...) las medidas cautelares no son salvaguarda del derecho subjetivo, sino de la finalidad jurisdiccional<sup>113</sup>.

Se puede decir que la medida cautelar innominada tienen una connotación heterogénea desde los puntos de vista de diferentes juristas frente a lo que estipula la ley procesal en Colombia, por lo que resulta necesario mencionar puntualmente sus características e importancia a nivel de las distintas jurisdicciones ordinarias: civil, de familia, penal, laboral, y agraria, así como de la jurisdicción especial (contenciosa administrativa).

#### **4.2.3 Jurisdicción civil**

El proceso civil como institución regulada por el derecho procesal, observa los mismos principios de que está provista tal rama del derecho, principios de obligatoria observancia sea que estén o no debidamente normatizados, se aplican en atención al equilibrio de cada actuación y a la finalidad perseguida.

---

<sup>113</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso: derecho procesal constitucional*. Rubinzal-Culzoni, 2004.

Así pues, dentro de las herramientas de que se disponen en el proceso, las Medidas Cautelares Innominadas y Anticipatorias tienen un lugar especial en el literal C del numeral 1 del artículo 590 del CGP que dice “*Cualquier 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*”.

No obstante, para hacer uso de las MCI se debe cumplir con una serie de requisitos entre los que se cuenta inicialmente con la presentación y admisión de la demanda, demostrar que la solicitud de la medida pretende evitar un daño y que la negación de su decreto generará lesión irreparable del derecho infundado en la demanda, y que se encuentre en el marco razonable para la protección del derecho<sup>114</sup>.

En adición, se debe observar por parte del litigante en la formulación y estructuración de la solicitud la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la misma para establecer su alcance y duración, además de que revista la condición de instrumentalidad dentro del proceso y por ende la eficacia de su decreto judicial.

#### **4.2.4 Jurisdicción penal**

La Jurisdicción Penal *iuris dictio*, confiere normativamente a ciertos órganos propios, el poder de decidir o dar solución a conflictos sociales conforme a su ley, donde en esencia, todos los jueces que hacen parte de esta jurisdicción, la cual

---

<sup>114</sup> BEJARANO GUZMÁN, R. Coexistencia de medidas cautelares. ambitojuridico.com, Bogotá Colombia. Editorial Legis, 2014.

mediante el código de procedimiento penal, imparte justicia de acuerdo a los cánones que para tal fin establece el orden legislativo.

A través del proceso penal, se pueden presentar las MCI con la misma finalidad de salvaguardar el derecho subjetivo de cada una de las personas las cuales se encuentran en discusión y garantizar la efectividad de la acción de las medidas<sup>115</sup>.

Al igual que en la jurisdicción civil el *fumus boni iuris*, constituye el primer requisito que debe verificar el juez ante la solicitud de parte del decreto de la medida cautelar, y que en la realidad exista su posibilidad de aplicación, junto a la consideración de *periculum in mora*, frente a la necesidad de resolución final, y que en adición, el fundamento de *peligro de infructuosidad* admite la posibilidad de que durante ese lapso de tiempo acontezcan hechos que dificulten la efectividad práctica de la sentencia para la protección del derecho<sup>116</sup>.

En materia penal para decretar una medida cautelar se deben tener en cuenta los mismos requisitos mencionados en el tema de la jurisdicción civil, y además se debe determinar la condición instrumental del elemento cautelar dentro de un proceso, y la provisionalidad para poder otorgar las MCI.

---

<sup>115</sup> Dentro de este contexto, ASECIO MAYADO, J. M. en su obra: *La prisión provisional* (1997), dice que en el desarrollo de estas medidas en cuanto a su perfeccionamiento el juez toma decisiones que llevan a que su utilización debe hacerse a partir de garantizar un equilibrio racional, entre eficacia del proceso, como instrumento de la jurisdicción, y los derechos y garantías establecidos en la Constitución. Se destaca la instrumentalidad, en tanto que su existencia depende de un proceso; la jurisdiccionalidad, puesto que únicamente pueden ser decretadas por el órgano jurisdiccional, y esencialmente, por la ciudadanía, la policía o la fiscalía general, las cuales son sujetas a control jurisdiccional; la proporcionalidad, en que la medida cautelar adoptada no puede ser más gravosa que la consecuencia jurídica; la temporalidad, deben estar sujetas a un plazo razonable conforme a tratados internacionales en materia de derechos humanos; la necesidad y urgencia justificada, en tanto que su adopción deben ser justificadas en aras de garantizar la eficacia del proceso penal (pp. 16, 17).

<sup>116</sup> ABALOS, Raúl Washington. *Derecho procesal penal*. Ed. Jurídicas Cuyo, 1993.

#### **4.2.5 Jurisdicción laboral**

En derecho procesal, y derivada de la potestad jurisdiccional del Poder Judicial, la jurisdicción social está destinada al conocimiento y aplicación del derecho en el orden social, que hace referencia al conjunto normativo destinado a la regulación de las relaciones humanas enmarcadas en los ámbitos del derecho laboral y de la Seguridad Social, áreas jurídicas cuya división se efectúa con el objetivo de facilitar la labor jurisdiccional de los jueces como se determina en la normativa procesal.

En ese sentido, en esta jurisdicción también aplican las MCI, y es poder de los jueces adoptar decisiones al justo reconocimiento de los derechos de las partes, a fin de garantizar la responsabilidad por los perjuicios que causen, como con anterioridad a este apartado ya se revisó al respecto el artículo 590 del CGP, el cual entra en concordancia con lo establecido en el artículo 145 del decreto ley 2158. Por lo tanto, dentro del proceso laboral, se aplican los mismos requisitos y condiciones de la jurisdicción civil, los cuales ya fueron mencionados<sup>117</sup>.

#### **4.2.6 Jurisdicción de familia**

Los Juzgados de Familia como aquellos órganos jurisdiccionales del sistema ordinario, tienen la competencia especial de enfocar sus esfuerzos por velar por los derechos de los niños, niñas, adolescentes y el núcleo familiar en asuntos propios del Derecho de Familia.

En este eje jurisdiccional, las MCI como mecanismo para salvaguardar derechos en los procesos de familia, cumple con la misma función que en área civil del

---

<sup>117</sup> MORALES, Hugo Ítalo, et al. *Derecho procesal del trabajo*. 3a. ed., México, Trillas, 1989.

derecho, toda vez que, el CGP dicta que tanto en los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, en relación de los requisitos y condiciones necesarias para la aplicabilidad de las cautelas nominadas o innominadas, exige que se cumpla con las expresadas anteriormente<sup>118</sup>.

#### **4.2.7 Jurisdicción contenciosa administrativa**

En atención a la naturaleza de los diferentes procesos, el ordenamiento jurídico colombiano las Medidas Cautelares Innominadas poseen una extensión aplicable a todas las áreas del derecho y sus respectivas jurisdicciones, que es complejo clasificarlas, por cuanto es el Juez quien dicta una cautela para cada caso específico, sobre la base de los requisitos y condiciones exigidas por la legislación para que se otorguen las MCI y Anticipatorias al igual que en las jurisdicciones anteriores.

### **4.3 MARCO HISTÓRICO**

En este apartado se realizará una aproximación concreta de la historia de la Medida Cautelar Innominada, así como un comparativo sobre los modelos de percepción y asimilación de la medida en entornos jurídicos similares impregnada de diferencias a tener en cuenta.

Constituye un lugar común el tiempo necesario para que las afirmaciones de las partes puedan ser probadas y, lograr la convicción en el juez al momento de

---

<sup>118</sup> ROJAS, Jorge A. Alimentos Provisorios: ¿ especie de los sistemas cautelares. *Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni*, 2002.

resolver el litigio, donde dicho tiempo, suele convertirse en el enemigo que se encuentra el sujeto activo de la relación procesal.

Al respecto, desde antiguo rige el principio de que durante la tramitación del procedimiento nada debe innovarse en él (*lite pendente nihil innovetur*), esto último, encuentra un razonable fundamento en la incertidumbre que todo proceso conlleva, indecisión que sólo se dilucida una vez que se dicta la sentencia definitiva y, más precisamente, una vez que ésta adquiere firmeza<sup>119</sup>.

Si bien lo anterior es en principio razonable, no se puede olvidar que de una u otra forma favorece la posición del sujeto pasivo de la relación procesal, el cual puede esperar “tranquilamente” el desarrollo completo del *iter* procesal sabiendo que durante ese tiempo la cosa sobre la cual se litiga permanecerá en su poder, y que su patrimonio no sufrirá detrimento alguno<sup>120</sup>.

Revisando en el derecho romano, las instituciones conocidas como *manus iniectiu* y *pignoris capio*, fueron los primeros ejemplos de dicha acción, donde la *manus iniectiu*, permitía que cuando el deudor era condenado en sentencia, o confesaba su deuda ante el magistrado, el acreedor procediera contra la persona del deudor, para reducirlo a la condición de esclavo, e incluso disponer de su vida.

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

---

<sup>119</sup> MONTERO AROCA en este sentido afirma que «en principio la esfera jurídica sustancial de las personas que aparecen como partes en un proceso no debería verse afectada por la iniciación de éste. El proceso, en su propia existencia, responde a una situación de incertidumbre y ésta no debería permitir alteraciones en la situación jurídica de las partes. Estas alteraciones sólo deberían producirse cuando de la incertidumbre se pasa a la certeza, esto es, cuando el proceso ha llegado a establecer el reparto irrevocable de los derechos y las obligaciones». *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, 1988, pág. 424.

<sup>120</sup> Sin perjuicio, claro está, de que puede además tomar acciones que hagan desaparecer sus bienes, transferirlos, deteriorarlos, y emplear cuanto recurso procesal tenga a su alcance a efectos de dilatar el proceso incoado en su contra.

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<sup>121</sup>.

Frente a esta realidad, y a efectos de no hacer ilusorio el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte favoreciendo la pretensión del demandante, los ordenamientos jurídicos de tradición continental han contemplado una serie de medidas que englobadas bajo diferentes nombres (cautelares, precautorias, conservativas, asegurativas, provisionales, entre otros) buscan precisamente asegurar la efectividad de dicho cumplimiento<sup>122</sup>.

Esta filosofía inspiró a los códigos procesales que contemplaron diversos mecanismos para resguardar los eventuales derechos del demandante y, de este modo, evitar futuros fraudes a la acción de la justicia, pero sin introducir ninguna innovación en la posesión de los bienes mientras se tramitaba el proceso.

Dicha idea o planteamiento se encuentra reflejado en la *Curia Filípca Mexicana*<sup>123</sup>, que al respecto señaló lo siguiente:

Si el actor precisamente ha de demandar en juicio lo que se le debe y en la manera, lugar y tiempo en que se le debe, sin que pueda entenderse por ningún capítulo en la cosa que demanda, tampoco puede pretender que se

---

<sup>121</sup> *Sistema de derecho procesal*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo, t. I, Buenos Aires, 1944, págs. 249 y 250.

<sup>122</sup> Así, MANRESA y REUS, a propósito del embargo preventivo español regulado en la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, señalaban que «en todos [los] tiempos han adoptado las leyes medidas provisionales en beneficio de los acreedores, para que en su día pudieren conseguir el reintegro de lo que se le adeudaba o la reivindicación de la cosa, en el caso de que llegaren a obtener una sentencia favorable». *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada*, t. IV, Madrid, 1861, pág. 241.

<sup>123</sup> *Curia Filípca Mexicana*, UNAM, México, 1978, edición facsimilar 1850, págs. 185 y 186.

haga novedad alguna en la misma cosa demandada hasta que sea terminado el pleito por la sentencia definitiva, porque es un principio elemental de la práctica forense, que *pendiente el pleito nada debe innovarse*<sup>124</sup>.

Ahora bien, durante el siglo XX y principalmente a partir de su segunda mitad la originaria “tranquilidad”, de que gozaba el demandado ha sido puesta en entredicho. El objeto sobre el cual se desenvolvían los litigios se ve alterado; surgen nuevos textos positivos que ya no aceptan la hegemonía de los códigos procesales decimonónicos y que ya no se inspiran en la misma filosofía que éstos tuvieron<sup>125</sup>.

La impetuosa sociedad actual cuestiona profundamente los cimientos sobre los cuales descansaron los juicios en el siglo XIX. Lo anterior se ha traducido en un claro cuestionamiento de los propios fundamentos de la tutela cautelar, alterándose la finalidad que tradicionalmente cumplió<sup>126</sup>.

En esta materia paulatinamente se ha avanzado de una concepción eminentemente conservativa o precautoria hacia un plano anticipativo de la

---

<sup>124</sup> Este principio forma en el código canónico de las decretales, una oración completa, y constituye un título verdadero; y tiene lugar tanto en la propiedad, como en la posesión, como en el uso y en cualquier otro derecho. De aquí es que la cosa que se ha hecho litigiosa a virtud de una demanda, debe conservarse en el mismo estado, sin diferencia alguna, que el que antes de la misma demanda, sin que el actor pueda pretender que se haga en ella la más leve novedad, sino que el reo debe gozarla con la propia libertad que la gozaba antes del litigio. Por la misma razón está establecido en nuestra práctica otro principio, que viene a ser como corolario o consecuencia precisa del anterior. Ningún juicio debe comenzar por secuestro o embargo de la cosa litigiosa. Y ambas reglas se fundan nada menos que en la fuerza del derecho natural, que no permite que la voluntad simple de un hombre, sea bastante para causar a otro el más leve perjuicio y trastorno en sus intereses o derechos. [...] Ya que queda sentado, que ningún juicio debe comenzar por embargo de la cosa demandada, mas esta regla tiene, como todas, algunas excepciones. Seis pone la ley de Partida (...).

<sup>125</sup> Notable construcción que se hacía descansar nada menos que en el derecho natural, pero, si se establecía que los bienes en disputa permanecían bajo el dominio del sujeto pasivo de la relación procesal, quien en principio no perdía ninguno de los atributos que la propiedad daba sobre ellos, era en el entendido de que dichos bienes no sufrirían deterioro alguno ni serían transferidos en fraude de los acreedores.

<sup>126</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et praxis*, 2005, vol. 11, no 1, p. 221-241.

resolución del litigio<sup>127</sup>. Así pues, uno de los aspectos históricos está relacionado con otros ejemplos de MCI llamadas medidas de precaución en acción posesoria especial "*precaver peligro inminente*", (Art 450 C.P.C)<sup>128</sup>.

Otro ejemplo está relacionado con el decreto 2303 de 1989 que sobre preservación de recursos naturales en el título IX, en el artículo 118 expresa:

ARTICULO 118. ACCION. <Decreto derogado por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige en forma gradual a partir del 1o. de enero del 2014> El ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio público que hacen parte de aquel, podrán ser defendidos judicialmente por cualquier ciudadano contra actos o hechos humanos que les causen o puedan causar deterioro, si el asunto no es de competencia de la administración, mediante la acción popular consagrada en los artículos 1005, 2359 del Código Civil, especialmente en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1973. Esta acción se podrá ejercer en cualquier tiempo y estará encaminada a conseguir la prevención del daño, su reparación física o su resarcimiento, o más de uno de estos objetivos.

El artículo 121 del mencionado decreto, dice:

ARTICULO 121. MEDIDAS PRECAUTELATIVAS. <Decreto derogado por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige en forma gradual a partir del 1o. de enero del 2014> Desde el momento de la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, el juez, de oficio o a petición de parte, si considera que se está causando daño al ambiente o a uno o más recursos naturales renovables, o existe peligro inminente de que se produzca, aunque sea distinto

---

<sup>127</sup> AGUIRRE, Gil; JEFREY, Nixon. Precautionary Unnamed Measures in the Protection of Copyright and Related Rights in Colombia. 2016.

<sup>128</sup> ARTICULO 450 C.P.C. NUMERAL 3: Si la demanda se dirige a precaver el peligro que se tema de ruina de un edificio, de un árbol mal arraigado u otra cosa semejante, el demandante podrá pedir, en cualquier estado del proceso, que se tomen las medidas de precaución que fueren necesarias.

del indicado en la demanda, tomará las medidas del caso, previa realización de una inspección judicial<sup>129</sup>.

Desde los inicios documentados de la legislación colombiana, son múltiples las reformas que se han intentado en la Rama Judicial para encauzar un modelo eficiente de justicia, hasta lo que en la actualidad se conoce gracias a lo consagrado en la Constitución Política de 1991.

Durante mucho tiempo se han realizado esfuerzos para generar propuestas normativas, para alcanzar la excelencia y la eficiencia judicial, buscando con ello el aseguramiento del proceso y la descongestión en los despachos del país, situación que comenzó en materia civil, comercial, de familia y agraria, a través del modelo procesal de los Decretos 1400 y 2019 de 1970, por medio de los cuales se adoptó el Código de Procedimiento Civil, y que describía trámites dispendiosos<sup>130</sup>.

De esta forma, la Ley 1564 de 2012, dio paso a un nuevo Código General del Proceso, el cual contiene novedosos elementos procesales, que contemplan el uso de las TICs, el mecanismo de la oralidad, y la adopción de trámites que no estaban previstos en favor de la eficiencia en la función judicial. Dentro de dicho mecanismo, surge la medida cautelar tanto nominada como innominada, que aunque no ha sido una herramienta reciente, se le ha atribuido un carácter vigente razón por la cual se hará un repaso de su gestación en el tiempo.

HUMBERTO CUENCA<sup>131</sup>, en obra procesos civil romano, expone:

---

<sup>129</sup> El juez podrá conminar al demandado, bajo apremio de multas, para que suspenda las obras o actividades constitutivas del riesgo o causante del daño, o realice los trabajos necesarios para conjurar el primero o hacer cesar el último. El juez podrá exigir caución para garantizar el cumplimiento de lo ordenado e imponer multas en caso de desobedecimiento.

<sup>130</sup> LÓPEZ ROJAS, Gloria Patricia, et al. *Los jueces de paz en Colombia como jurisdicción especial y mecanismo alternativo de solución de conflictos: una crítica desde las políticas neoliberales a partir de un estudio de caso*. 2014. Tesis Doctoral.

<sup>131</sup> CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

(...) la *manus iniectiu* es la aprehensión material que el acreedor o ejecutor hace de su deudor o de su ejecutado. Esta acción cuyo procedimiento en muchas partes se confunde con la justicia por sí misma no puede recaer, sin embargo, sino sobre la persona del deudor, llamada *indicatus*, cuando ha sido condenado al pago de una cantidad determinada y no puede cumplirse sobre los bienes del deudor.

Por su parte, la *pignoris capii*, consistía en el embargo de muebles hacia el acreedor, y aunque no podía vender esos bienes muebles, si podía poseerlos y retenerlos e incluso destruirlos si el deudor no pagaba.

GARCIA MARTINEZ<sup>132</sup>, en su obra *El concordato y la quiebra*, sobre la *pignoris capio*, dice:

En la época en que entró a regir la *pignoris capio*, en el derecho Romano se carecía de la acción directa sobre el patrimonio del obligado. Esta institución permitió a determinados acreedores, que podríamos calificar de privilegiados, el que entrasen en posesión de bienes de sus deudores sin necesidad de juicio previo, vale decir, por la simple voluntad de aquellos. Se tomaban las cosas del *debitore* para vencer su obstinación y constreñirlo a satisfacer en especial la obligación pactada. Como se ve, atribuía el *creditore* el derecho de posesionarse de bienes, de retenerlos y aun destruirlos, pero de ningún modo podía venderlos para satisfacerse con el producto. Contra la voluntad del deudor no podía expropiársele de cosas que formaban parte de su patrimonio para enajenarlas (Citado por Forero, 2017, p. 7-8).

Así pues, la jurisprudencia al respecto menciona en la Sentencia C-835/13, que se puede ver que existe una intención histórica de las Medidas Cautelares Innominadas y de la medidas cautelares en sentido estricto, donde las disposiciones legislativas son razonables en favor de la resolución del conflicto, y

---

<sup>132</sup> MARTÍNEZ, Francisco García. *El concordato y la quiebra*. Ediciones Depalma, 1967.

de forma parcial se constituye una acepción de un caso de medida cautelar innominada, dejando abierta la posibilidad de decidir sobre la opción que tiene el acreedor sobre los bienes del deudor, y del deudor sobre el acreedor.

Ahora bien, desde otra época de la historia, en el medioevo en la legislación española, las *siete partidas* en las que se dispuso que es nula la enajenación de la cosa litigiosa, en la *partida tercera* se habló de la cautela del secuestro, constituyendo así una fuente inmediata de las normas procesales en Hispanoamérica. Este referente, es parte importante del presente trabajo toda vez que permite reconocer la evolución del mecanismo al que se denomina *medida cautelar*, en el fin de asegurar el cumplimiento de una decisión judicial<sup>133</sup>.

Parte de la relevancia de este trabajo es reconocer que se evidenciaba la necesidad de una medida que no solo implicase tener en cuenta lo ya estipulado por el legislador, sino ir más allá de lo necesario, o brindarle un apoyo especial a las partes, para que se tuviera un alcance mayor del que las medias cautelares brindaban en el proceso. Asimismo, es de interés observar el principio que no se permite ir más allá de lo ya regido en ese derecho que es objeto del litigio y empieza a surgir esa necesidad de atender a lo que las partes en el proceso presentan, en aras del cumplimiento de lo estipulado<sup>134</sup>.

A modo de reseña se puede mencionar el Derecho Administrativo que surge directamente de la Revolución Francesa, bajo el modelo de una Administración legalizada orientada por dos principios: legalidad de la Administración y posición del ciudadano como sujeto de derecho y de libertades, donde en relación al procedimiento de las peticiones de urgencia, están caracterizadas

---

<sup>133</sup> CRADDOCK, Jerry R. La cronología de las obras legislativas de Alfonso X. *Anuario de historia del derecho español*, 1981, no 51, p. 365-418.

<sup>134</sup> ARCILA SALAZAR, Beatriz. Las medidas cautelares en el proceso ambiental. *Opinión Jurídica*, 2013, vol. 12, no 23.

por una gran flexibilidad en la instrucción, como consecuencia del carácter urgente del procedimiento<sup>135</sup>.

A lo largo de los años es evidente que el funcionamiento jurídico va avanzando y con él llegan los nuevos reglamentos, aquellos que conforme a la adaptación de cada territorio se establecen, mencionando (claro está), que en Latinoamérica la evolución se ha basado en el aporte teórico Europeo, que en muchos de los casos es el punto inicial para el progreso y reforma de las normas vigentes<sup>136</sup>.

Este proceso, como toda actividad humana, requiere para su desarrollo, de un cierto tiempo, y ese lapso que media entre el planteo al Tribunal y su efectiva satisfacción es fuente de inconvenientes que afectan la efectividad de la norma jurídica cuya aplicación se persigue.

#### **4.4 DERECHO COMPARADO**

Una mirada a otros marcos jurídicos que no discrepan del modelo adoptado en Colombia, dado que tienen un origen histórico común, aunque es cierto, que tienen formas de operar que las hacen en algunos casos más eficientes que el paradigma colombiano.

#### **Caso de España**

---

<sup>135</sup> PINZÓN, Miguel Alejandro Malagón. La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés: La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, 2005, no 23, p. 167-190.

<sup>136</sup> En este sentido, se expone el contenido del actual Código General del Proceso, el cual desde la revisión histórica adopta dos modelos de tutela cautelar: *las medidas cautelares de régimen común* y *las medidas cautelares de régimen especial* a las que formalmente podrían denominarse *Medidas Cautelares Innominadas*, previstas para los supuestos sobre las que no se ha establecido <<reglas especiales>>.

En España por su parte, el antecedente más reciente está contemplado en la Ley 29 del 13 de julio de 1988, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en donde se encuentra un capítulo relativo al tema de la suspensión del acto administrativo que se impugna. Asimismo, la medida cautelar es el fiel reflejo del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución española de 1978 (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 7º)<sup>137</sup>. La medida cautelar de particular interés práctico, ha sido observada en el sistema de responsabilidad por la utilización de la tutela cautelar en el proceso civil en caso de que la resolución cuya efectividad resulte por último favorable al sujeto pasivo de la medida cautelar<sup>138</sup>.

### **Caso de México**

Frente a esto, en el caso del ordenamiento jurídico mexicano, encontramos antecedentes de una medida cautelar en la suspensión en el juicio de nulidad. Se encuentra desde la propia creación de la Ley de Justicia Fiscal vigente en 1937, pues en sus artículos 17 fracción II y 42 a 45, se refería a la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada<sup>139</sup>.

### **Caso de Perú**

En Perú, el Código Procesal Civil contempla un amplio rango de medidas cautelares innominadas en el artículo 629, dicta: *“Además de las medidas cautelares reguladas en este código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”*.

---

<sup>137</sup> SENTENCIA 14/1992, de 10 de febrero de 1992. Tribunal Constitucional, 1992.

<sup>138</sup> NAVARRO, José Bonet. Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil. *Diario La Ley*, 2009, vol. 7256, no 1.

<sup>139</sup> ARENAS CEBALLOS, Julieta. La suspensión en prevención como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 2009, vol. 9, no 16.

Frente a lo cual NARVÁEZ<sup>140</sup>, y BUSTAMANTE & Cols<sup>141</sup>, señalan: “*La discreción del juez es teóricamente ilimitada, tan sólo se recalca la finalidad de la medida cautelar como instrumento de cumplimiento y eficacia a la sentencia*”.

Efectivamente en este caso la medida cautelar innominada hace un poco más autónomo el proceso, conforme a lo que cada una de las partes acepta como necesario y posible en el mismo, (acorde con la aceptación del juez), pues le brinda un mejor manejo al proceso o por lo menos una mayor efectividad de acuerdo temporal entre las partes<sup>142</sup>.

Al respecto de dicha autonomía del proceso cautelar CARNELUTTI<sup>143</sup> asiente al decir:

(...) al no poderse considerar la providencia cautelar como una providencia incidental en el proceso de ejecución o en el de cognición, se debe admitir que corresponde a ella un tipo de proceso diverso del proceso contencioso de cognición o ejecución, al cual precisamente se le da el nombre de proceso cautelar (p.33).

## Caso de Argentina

<sup>140</sup> NARVÁEZ, Marianella Ledesma. *Comentarios al código procesal civil*. Gaceta Jur., 2008.

<sup>141</sup> BUSTAMANTE, Carlos Julio Giraldo; TAMAYO, Ana María Cortés; NAVAS, Gustavo Arnulfo Quintero. *Aproximación a la medida cautelar innominada en el contexto colombiano*. RUEDA R, María del Socorro. (Compiladora). Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2017.

<sup>142</sup> Lo interesante de este sistema y de aquellos con medidas cautelares innominadas o genéricas, es que pueden darles una dimensión mayor a las medidas clásicas, como lo sería, por ejemplo, la inscripción de la demanda cuya finalidad es principalmente conservativa, puede mutar en una anticipatoria dado que prevé la intención de la contraparte de enajenar el bien, y por su principio de publicidad, cuando ya haya una sentencia, tendrá prevalencia a quien obtuvo la medida. Adicionalmente, en el mismo código se contempla un proceso cautelar autónomo y las medidas pueden ser decretadas fuera o dentro del proceso con la salvedad de que se haga ante el mismo juez. Es decir, la característica accesoria de las cautelares se desdibuja en la medida que contempla un proceso adicional dentro de los procesos civiles, aunque su autonomía sea meramente teórica (p 31 - 33).

<sup>143</sup> BUSTAMANTE, Carlos Julio Giraldo; TAMAYO, Ana María Cortés; NAVAS, Gustavo Arnulfo Quintero. *Aproximación a la medida cautelar innominada en el contexto colombiano*. DEL SOCORRO RUEDA, M. (Compiladora). Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2017.

Por su parte la legislación Argentina concibe la MCI como la herramienta necesaria para darle la *celeridad*, la *precisión* y la *eficacia* que todo proceso debe brindar, la cual hace parte del Código Procesal Civil y Comercial desde 1988.

En este aspecto, a los magistrados se les otorga la facultad para decretar medidas cautelares genéricas en aras de sortear detrimentos apremiantes o irreparables, para mejorar la custodia de los derechos litigiosos con amplia libertad que se le confiere al juez civil, pero bajo los parámetros de legalidad, justicia, inmediatez y precisión de cada caso<sup>144</sup>.

En su artículo 195 de Código Procesal Civil y Comercial Argentino expresa:

Las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que esta debe entablarse previamente. El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponde, en particular, a la medida requerida. Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias.

De lo anterior, queda claro que el derecho argentino en materia de MCI ha sido un precursor de la implementación de esta medida, lo cual ha generado en el campo jurídico del país, un éxito adquirido gracias al uso de medidas propias para cada proceso y para cada caso en específico, que otorgan una libertad y una celeridad

---

<sup>144</sup> JOVÉ, María Ángeles; SERRA DOMINGUEZ, MANUEL. *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. 1995.

jurídica importantísima a la hora de garantizar los derechos procesales de las personas que hacen uso de estos instrumentos innominados<sup>145</sup>.

### **Caso de Uruguay**

El proceso uruguayo fue transitando desde previsiones concretas, cautelas tipificadas, tipos descriptivos del *periculum in mora* y una interpretación restrictiva, a un poder cautelar concebido en términos muy amplios que permiten, realmente, una tutela efectiva, puesto que la protección cautelar constituye una solución creada para ese caso concreto.

VÉSCOVI señala con atención que: *“aunque se haya focalizado el trabajo en este tema específico, no se podrán soslayar algunas referencias a aspectos propios del proceso cautelar, para comprender cabalmente las concretas aplicaciones que se han hecho”*.

En Uruguay, la consolidación del poder cautelar genérico, la potestad de disponer MCI, se fue gestando con el correr del tiempo y, en particular, con los desarrollos efectuados desde la Academia y la Judicatura nacionales, en la interpretación amplificadora de los textos legales y en la aprobación de la Ley de Abreviación de los Juicios<sup>146</sup>.

KLETT FERNÁNDEZ menciona al respecto:

En el caso Uruguayo, las normas fueron consagrando, paulatinamente y para casos especiales, tipos de medidas cautelares concretos, contribuyeron, de gran forma, a perfilar, con mayor claridad y profundidad, la noción. Desde una perspectiva, porque existían normas muy antiguas, pero de alta aplicación, que establecían el deber de protección de ciertos sujetos vulnerables. Desde otra,

---

<sup>145</sup> ORTIZ-ORTI, R. Eidética y aporética de las medidas cautelares innominadas en el derecho comparado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 1997, no 103, p. 67-177.

<sup>146</sup> VÉSCOVI, E., “El proceso cautelar”, Reunión Científica, RUDP, 4/85, p. 359.

porque las previsiones legislativas particulares fueron haciendo camino en el reconocimiento de un elenco de medidas que se podían adoptar, al tiempo que invitaban a los integrantes de la magistratura a ser creativos en esta forma de protección, de tuición, de tutela cautelar, que permitía la utilización de medidas innominadas, con la posibilidad de creación que ello significa<sup>147</sup>.

La historia sumada de experiencias permitió que la nueva normativa pudiera aplicarse casi naturalmente. Por cierto, puede afirmarse que se cumplió el vaticinio del Prof. Viera, al alertar sobre el cambio que puede producir el desajuste entre norma y realidad, cuando los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia impulsan al juez a ser intérprete fiel de las necesidades de la sociedad en determinado tiempo<sup>148</sup>.

El “poder cautelar genérico” emerge del juego de los arts. 312, 316 y 137 del CGP de Uruguay, donde 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>147</sup> De algún modo, la práctica de los jueces, al considerar y aplicar un abanico importante de medidas de distintos tipos, fue abriendo el horizonte para la consagración de la potestad de dictar medidas no previstas, innominadas, hacer uso del poder cautelar genérico.

<sup>148</sup> KLETT FERNÁNDEZ, Selva Anabella. Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso en la República de Uruguay. En *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. 2013. p. 996-1039.

## 5. METODOLOGÍA

La presente es una investigación con enfoque descriptivo, socio-jurídico y hermenéutico, dado que comprende el estudio de las normas jurídicas y de la doctrina sobre el tema en estudio, y hace uso de medios como la entrevista con el fin de establecer el conocimiento, la naturaleza y la aplicabilidad de las Medidas Cautelares Innominadas desde la perspectiva de los Juzgados Civiles del Municipio de Bucaramanga.

El enfoque descriptivo de tipo socio-jurídico, le permite a esta monografía dilucidar como a la luz de la norma, se pretende establecer la importancia de las Medidas Cautelares Innominadas dentro del ordenamiento jurídico nacional, así como analizar los criterios determinados por el legislador en los Juzgados Civiles de la ciudad.

Asimismo, el alcance hermenéutico de esta investigación se basa en el análisis documental y doctrinal, con el fin de establecer la naturaleza de las Medidas Cautelares Innominadas, como garantía para la tutela jurisdiccional efectiva.

### 5.1 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Se optó por la entrevista como técnica para obtener la información primaria objeto de la presente investigación, la cual se define como “una alternativa convencional”<sup>149</sup>, que se caracteriza por la preparación previa y anticipada de una serie de preguntas agrupadas con la finalidad de hallar datos viables para la investigación en su mayoría de veces sigue un orden estipulado para no perder el sentido que se le quiere dar a la formulación de la misma.

---

<sup>149</sup> SANTORO, Daniel. *Técnicas de investigación: métodos desarrollados en diarios y revistas de América Latina*. FCE, 2004.

Además la entrevista es *la técnica que permite obtener información a través de preguntas a un sujeto sobre variantes de una investigación*<sup>150</sup>, lo cual permite conocer otra perspectiva sobre el fenómeno a analizar, la entrevista puede ser estructurada, el entrevistador lleva una guía de preguntas, semiestructurada, la entrevista permite la interacción del entrevistador y el sujeto a investigar, y no estructurada, el sujeto informante conoce los aspectos a trabajar y los describe según su experiencia.

Para nuestro caso se escoge la entrevista semiestructurada puesto que los entrevistados, darán respuesta a las preguntas de la entrevista pero también proponen y disertan sobre el fenómeno de estudio.

## **5.2 ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN**

Una vez realizado el registro de datos en los instrumentos, se dio paso a la categorización y análisis de los mismos, de esta manera se depuró información y se llegó a los objetivos planteados.

Para ELLIOTT<sup>151</sup>, el análisis cualitativo es un procedimiento para organizar diferentes tipos de datos en un marco de referencia o relación más coherente de manera que se pueda comparar y contrastar el problema de investigación con su respectivo análisis de datos desde perspectivas diferentes.

El análisis implica la obtención de relatos acerca de una situación objeto de estudio, y la determinación de quien obtiene la información, de cómo se presentan los relatos y de quien los compara depende considerablemente del contexto.

---

<sup>150</sup> MCKERNAN James, Op. Cit., p. 149.

<sup>151</sup> ELLIOTT, John. *La investigación-acción*. Ediciones Morata, 1990.

### 5.3 PRINCIPIOS ÉTICOS

El desarrollo de la investigación presupone personas comprometidas con la labor desde el trabajo ético y adecuado de cada una de las partes de la investigación, no sólo por el prestigio o reconocimiento de su trabajo, sino por el enfoque que se le da a la misma desde los aspectos cualitativos. Por esta razón para llevar a cabo esta propuesta se tendrá en cuenta los criterios éticos para los investigadores de la acción propuestos por J. Mckernan<sup>152</sup>, los cuales son:

- ✓ Las personas participes de una investigación tienen derecho a ser informados, consultados y aconsejados acerca del objeto de la investigación.
- ✓ Para desarrollar cada una de las fases de la investigación acción se debe tener previo consentimiento de cada uno de los participantes de manera que se deje una constancia de su permiso para realizar el trabajo investigativo.
- ✓ Ningún participante individual tiene derecho a vetar el contenido del informe de un proyecto.
- ✓ Las pruebas documentales, como los archivos, la correspondencia y objetos semejantes, no se deben examinar sin permiso oficial.
- ✓ Se debe observar siempre estrictamente la ley de propiedad intelectual, es decir no se debe confundir lo personal con lo estrictamente laboral que ayuda a cada fase de la investigación.
- ✓ El investigador es responsable de la confidencialidad de los datos.
- ✓ Los investigadores están obligados a llevar registros eficientes del proyecto y ponerlos a disposición de los participantes y autoridades cuando así lo soliciten.

---

<sup>152</sup> Mckernan, James. Óp. Cit., p. 263

- ✓ El investigador será responsable ante la comunidad escolar que tomó contacto con el proyecto, es decir, otros investigadores, padres y alumnos.
- ✓ El investigador es responsable de comunicar el progreso del proyecto a intervalos periódicos. Este criterio ayudará también a satisfacer las necesidades de evaluación formativa continua para determinar nuevas líneas de interés y la redefinición del problema.
- ✓ No se debe emprender una investigación que pueda causar daño físico o mental a cualquiera de los sujetos implicados, por ejemplo, administrar fármacos a los participantes sin su conocimiento sería un caso extremo de este tipo de violación.
- ✓ El investigador tiene derecho a comunicar el proyecto completo.
- ✓ El investigador debe dar a conocer los criterios éticos contractuales a todos los implicados.

## 6. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

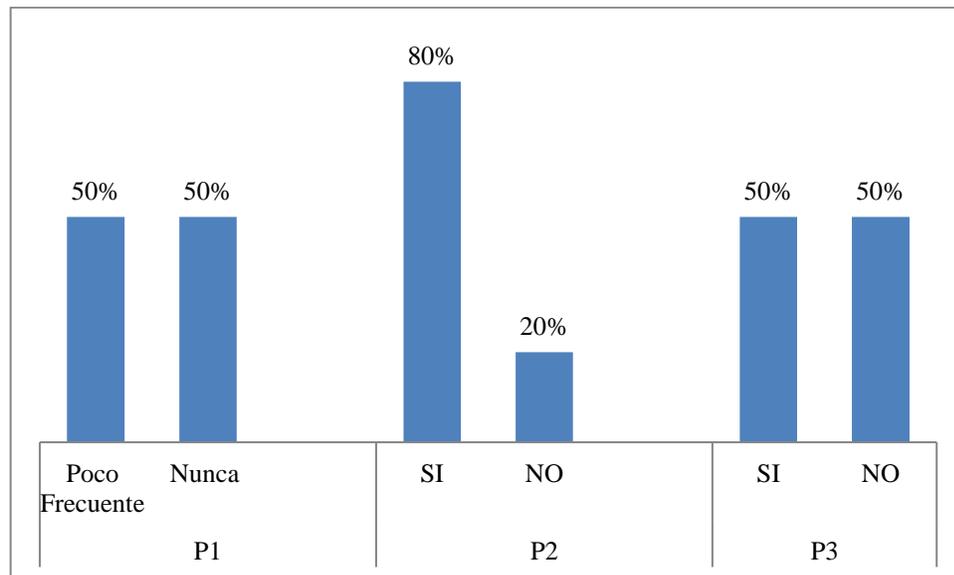
En el presente apartado se plasman los resultados de las entrevistas que se hicieron a una muestra realizada por conveniencia a diez (10) jueces civiles de Bucaramanga, 5 municipales y 5 del circuito.

Así pues, en relación a la pregunta No 1, *¿Es usual la solicitud y posterior decreto de Medidas Cautelares Innominadas en los juzgados Civiles de Bucaramanga?*, la figura 1 muestra que es verdaderamente infrecuente, ya que las respuestas apuntan a establecer en el 50% de los encuestados que dichas medidas son poco frecuentes o que en el otro 50% nunca se presentan.

El argumento expuesto por los jueces es que hace falta ilustración respecto de la forma y modo de hacer la solicitud de las MCI, pues el litigante confunde las medidas cautelares tradicionales sobre la MCI, lo que hace que realmente no exista un patrón de solicitudes de decreto de estas medidas en lo que concierne a juzgados civiles de Bucaramanga, en consonancia con lo visto en las respuesta de la pregunta No 3.

Respecto a la pregunta No 2, *A Cerca De ¿Bajo Su Concepto Y Experiencia, Las Medidas Cautelares Innominadas tienden a ser eficientes en favor de la salvaguarda de los derechos del demandante?*, el 80% de la muestra considera que sí, mientras que el 20% opina lo contrario.

En esta pregunta, los entrevistados aseguran que toda medida cautelar, sea nominada o no, siempre será eficiente en tanto se decreta, atendiendo a que, desde luego el poder de su solicitud en cuanto a los requisitos que deba reunirse esta en poder de la parte, ya que el juez no puede hacerlo de oficio.



**Figura 1.** Respuesta a las preguntas 1, 2 y 3.

Frente a la pregunta No 3 de sí *¿Considera usted que hay ilustración suficiente sobre este tipo de medidas?*, es evidente en la figura 1 que existe una división tangencial sobre dicha percepción, lo que supone para los entrevistados que no hay claridad suficiente en los litigantes sobre la solicitud de las MCI, mientras que en los jueces si hay la ilustración básica para el decreto y aplicación de las MCI en los juzgados civiles de Bucaramanga, pero que de igual forma, hace falta desarrollar a profundidad en tema.

En cuanto a la pregunta No 4 sobre *¿Qué Medidas Cautelares Innominadas se están concediendo y por qué?*, las respuestas giran en torno a que la solicitud de las mismas es casi nula partiendo de considerar que:

- ✓ La clase de proceso impone el fin que se busca proteger.
- ✓ Se desconoce o hay temor sobre la solicitud o negación de la medida de parte.
- ✓ Existe una falta de iniciativa o confusión del demandante.

- ✓ Tiende a confundirse o a desnaturalizar las MCI con los embargos en procesos declarativos.
- ✓ Se ve más en las acciones de tutela y acciones populares o de grupo.
- ✓ Se conoce por los litigantes como MCI aquellas que no son nominadas (como es obvio), pero la construcción de una MCI razonable fuera de las típicas no es algo común.
- ✓ Dentro de las MCI que los jueces han tenido conocimiento por otras fuentes es el de ordenar cesar la emisión de una publicidad por competencia desleal, la protección de propiedad intelectual, sobre patrimonio de entidades en materia musical orientada a los embargos, e intervención de medios de comunicación.

Se logró dar forma a uno de los aspectos principales de la actual monografía, el cual se basa en realizar un listado de las Medidas Cautelares Innominadas que pueden ser solicitadas dentro de diferentes procesos civiles, y de tal forma realizarle al municipio un aporte valioso para el campo jurídico-procesal, qué en materia de MCI es muy pobre y su desarrollo podría considerarse casi nulo.

Las Medidas Cautelares Innominadas que pueden llegar a solicitarse dentro de los procesos reivindicatorios, tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles. Para el caso de los inmuebles, citaremos un ejemplo de un auto proferido por el magistrado del tribunal superior del distrito Judicial de B/manga Jose Mauricio Marín Mora, en el cual revocó el de primera instancia y decretó una MCI que ordenaba cesar el arrendamiento de las habitaciones del inmueble del demandante, proceso que debe explicarse un poco mejor para la comprensión de la medida.

El demandante era el dueño de un inmueble ubicado en Barrancabermeja y tenía intereses de venderlo, razón por la cual lo dejó en manos de una comisionista de finca raíz quien le ayudaría con esto a cargo de una comisión. Siendo así el

demandante se regresó a Bucaramanga, ciudad donde reside, pero al cabo del tiempo fue informado de que el inmueble se encontraba alojado, por lo que el demandante visitó el inmueble y le cuestionó a la comisionista ese hecho, la señora argumentó ser poseedora del inmueble y no quiso desalojarlo, además aceptó tener algunas habitaciones del bien arrendadas.

Con base en lo anterior, el dueño del inmueble demandó a la comisionista en un proceso reivindicatorio y solicitó como MCI que se dejaran de arrendar las habitaciones de la casa, medida que fue denegada por una juez del circuito de Barrancabermeja aduciendo que si el demandante resultaba vencedor, se le obligaría a la demandada a pagarle los frutos, sin embargo dicho auto fue revocado en apelación por el tribunal Superior de Bucaramanga teniendo en cuenta que la MCI buscaba proteger el inmueble e impedir su deterioro y por ello debía ser decretada.

Otro ejemplo de una MCI en procesos reivindicatorios de bienes muebles es cuando se solicita la inmovilización de automotores, buscando lo mismo que en el caso anterior, evitar el deterioro del mismo.

En materia de servidumbres existen MCI que pueden ser solicitadas con el fin de anticipar una posible sentencia, estas MCI están enfocadas a permitir el paso del demandante por el inmueble del demandado o a continuar gozando de algún beneficio que involucra dicho proceso.

Existen algunos casos en que las personas se encuentran bajo amenaza de ruina como lo dicta el artículo 988 del código civil, una MCI que se solicita dentro de estos casos, es que el propietario de dicho inmueble que amenaza ruina, le cancele algunos cánones de arrendamiento al posible perjudicado, para que mientras pasa esta amenaza, pueda vivir en un inmueble de similares condiciones.

Finalmente, se puede resaltar en materia de competencia desleal y propiedad intelectual, algunas MCI que pueden solicitarse dentro de dichos procesos y que cumplen con los requisitos del literal c numeral 1 del artículo 590 del CGP.

En relación a casos de competencia desleal como propagandas ofensivas o malintencionadas se puede solicitar el cese de dichas propagandas y que sean quitadas de los medios en que se publican, o cuando se comercializan productos a través de la competencia desleal se puede solicitar que sean retirados del mercado a través de una MCI.

En cuanto a la vulneración de la propiedad intelectual, puede perfectamente solicitarse una medida atípica que lo prohíba, como los casos en que las emisoras, periódicos o televisoras no pagan derechos de autor por canciones, poemas, dibujos, artículos u otros, en este caso se solicita que se prohíba su reproducción, publicación y demás.

Estas han sido las Medidas Cautelares Innominadas que a lo largo del presente proyecto se pudieron analizar, evaluar e identificar, y cuyos requisitos estan en relación con lo establecido por la norma y la esencia de la medida como tal.

Para la pregunta No 5, *¿En qué casos podrá denegarse una medida cautelar innominada?*, los entrevistados consideran que hay una serie de aspectos generales que de no cumplirse, dejan sin sustento la solicitud de la MCI, y por ende, su negación, entre las que se mencionan:

- ✓ Que no haya una norma que lo prohíba como en el caso de los embargos en los monitorios.
- ✓ Falta de apariencia de buen derecho
- ✓ Caso concreto: ¿qué se prueba? ¿qué tiene lugar?
- ✓ Necesidad de la medida

- ✓ Viable y Real
- ✓ Proporcionalidad de la medida
- ✓ Falta de legitimidad de la solicitud
- ✓ Usualmente son jurídicamente improcedentes en los casos que se han conocido

En primer lugar, es necesario recordar que el artículo 590 del Código General del Proceso, cuyo contenido es el pilar de este trabajo, señala que para los procesos declarativos únicamente procede como medida cautelar la inscripción de la demanda, por lo tanto el embargo y secuestro, que son las medidas cautelares más populares, se supone que no proceden en este tipo de procesos.

Este señalamiento se ha visto fuertemente vulnerado en la jurisdicción local, toda vez que el literal c) del numeral 1 del artículo citado, el cual regula las MCI, ha sido usado de una manera errónea para por medio de este, solicitar medidas cautelares de embargo y secuestro dentro de los procesos declarativos, lo cual es una forma no solo de evadir sino de burlar la norma, sin embargo, para este tipo de casos, encontramos el auto AC-31032015 del 3 de Junio de 2015, proferido por el Doctor Jesús Vall de Rutén Ruiz Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia donde se establece con claridad que por mandato legal no es procedente decretar este tipo de medidas, por cuanto solo están previstas el registro de la demanda y el secuestro de bienes muebles, y por ello deben ser negadas.

Basado en los datos recolectados, se puede emitir una serie de conclusiones comentadas frente al tema como se muestra en el siguiente apartado.

## CONCLUSIONES

A partir de los resultados se concluye que:

1. Las MCI son una de las novedades importantes en el Código General del Proceso, a través de las cuales se plantean mecanismos para la descongestión judicial y la efectividad material de las sentencias.
2. Las medidas cautelares desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial son concebidas en su definición, características y finalidad de manera similar, sin encontrarse diferencias significativas, salvo de la jurisdicción de su aplicación.
3. Para el decreto y práctica de la MCI, se requiere petición de la parte demandante a la luz del artículo 590 del Código General del Proceso, pero una vez realizada la misma, se activa el poder discrecional del juzgador que conoce del asunto, el juez debe estudiar la solicitud para pronunciarse en forma discrecional de acuerdo con lo establecido por el penúltimo inciso del ordinal c), numeral 1 del artículo en mención, pues la norma lo dota de herramientas para establecer su temporalidad y proporcionalidad a la luz de forma y fondo de buen derecho en el marco de una realidad plausible a cada caso en particular.
4. Para el litigante la solicitud de una MCI debe estar circunscrita a una carga argumentativa que como quiera que sea debe contemplar fundamentos doctrinales, jurisprudenciales, elementos probatorios de tipo fácticos y legales (además de los que se desee aportar), en el marco de la razón jurídica que permita al juez establecer criterios para decretar la MCI solicitada.
5. La medida cautelar innominada debe ser minuciosamente estudiada por el juez, debido a que con fundamento en el poder discrecional que tiene para adoptar una decisión, puede incurrir en prejuizgamiento o una solución

anticipada del conflicto, sin siquiera haberse sometido el asunto a contradicción.

6. En materia de Derecho Comparado los países Latinoamericanos perciben y describen en el Código Procesal las mismas acepciones y finalidades de la medidas cautelares genérica y MCI que se emanan del derecho Español, Italiano y Francés.
7. Debe señalarse que a pesar de que en Colombia existen características muy similares en la aplicación de las medidas innominadas con Perú y Argentina, se encuentran falencias en su aplicabilidad, dado el carácter variante de la tutela dentro del proceso civil, olvidando su verdadera finalidad que debería ser proteger los derechos fundamentales, lo cual permite expresar que su alcance debe ser ampliado a todos los procesos como en los países latinos mencionados, permitiendo así una mejora y una evolución del ordenamiento jurídico Colombiano.
8. Las herramientas más significativa y relevantes para el desarrollo del proyecto fueron sin duda las brindadas a través de las entrevistas rendidas por los diez (10) Jueces Civiles de Bucaramanga (5 municipales y 5 del circuito) y de las diferentes jurisprudencias que se citaron dentro del marco teórico de la presente investigación.
9. En cuanto a las MCI no es frecuente su solicitud en los juzgados civiles de Bucaramanga debido al desconocimiento y falta de ilustración sobre la medida, que aunque no es novedosa en el derecho, si lo es dentro del proceso Colombiano, lo que sugiere que deben darse mayores espacios para la disertación, conceptualización, aclaración y contextos de aplicabilidad de las mismas en el ordenamiento jurídico colombiano.
10. Relacionando la parte teórica con la parte práctica, es decir, lo contenido en el marco teórico con lo obtenido en las entrevistas, en cuanto al decreto o negación de las medidas cautelares innominadas solicitadas, se concluyó que los requisitos que más se comparten por la doctrina y los jueces son los siguientes: la legitimación de las partes, la necesidad de la medida, la

proporcionalidad de la misma y la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris).

11. A pesar de existir una frecuencia mínima y poco desarrollo en la solicitud de MCI en los juzgados civiles de Bucaramanga, se concluye que su eficiencia podría ser inmensa si su aplicación fuese más constante, sin embargo, dicha aplicación se ha visto truncada por la falta de estudio e iniciativa de las partes en el proceso.
12. A manera de conclusión se mencionan las siguientes MCI que se podrían solicitar en algunos procesos civiles: en los reivindicatorios sobre inmuebles, el cese de arrendamientos y sobre vehículos, la inmovilización del mismo; en las servidumbres, el goce del beneficio durante el desarrollo del proceso, en los casos de amenazas de ruina, el pago de cánones de arrendamiento en un inmueble de similares condiciones a quienes se sienten amenazados por la ruina durante dicho periodo, en los casos de competencia desleal, el retiro de esos productos del mercado o de dichas propagandas y finalmente en los casos de propiedad intelectual, la no reproducción o publicación de fotos, canciones, poemas, dibujos y demás obras a cuyos autores no se les cancelan sus correspondientes derechos.

## REFERENCIAS

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión. En XXXIV CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. 2013.

AMAYA, Contreras; YERFER, Jeiner. Medidas cautelares innominadas y anticipatorias un análisis comparado en las distintas jurisdicciones del régimen jurídico colombiano. 2015. Tesis de Licenciatura.

ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. Fontamara, 1993.

ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos: civiles-comerciales-de consumo: teoría general. Abeledo-Perrot,, 1998.

ASENCIO MAYADO, J, M. La prisión provisional. Madrid, España: Civitas, 1997.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Coexistencia de medidas cautelares. ambitojuridico.com, Bogotá Colombia. Editorial Legis, 2014.

\_\_\_\_\_. La constitucionalización de la medida cautelar innominada. 2018.

BELTRÁN, A. M. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:¿ un problema en la definición de las políticas públicas o en la interpretación de un sistema de aseguramiento. Tutela. Acciones populares y de cumplimiento, 2004, vol. 57, p. 1620-1632.

BUONGERMINI, María. Medidas Cautelares. En: Derecho procesal. Tesis. Asunción, 2014.

BUSTAMANTE, Carlos Julio Giraldo; TAMAYO, Ana María Cortés; NAVAS, Gustavo Arnulfo Quintero. Aproximación a la medida cautelar innominada en el contexto colombiano. RUEDA, María del Socorro (Compiladora). Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2017.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, tomo III. Argentina, editorial Heliasta, 1991.

CABRERA RIAÑO, Diego Faubricio. Estudio a las medidas cautelares innominadas, en vigencia del código general del proceso. IUSTA, 2014, vol. 1, no 40.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945, p. 56.

\_\_\_\_\_. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires: El Foro, 1996.

CANTOR, Ernesto Rey, et al. Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos. Librería Temis, 2008.

CARDONA NEIRA, Santiago, et al. aproximación teórico-práctica a las medidas cautelares innominadas ya las medidas anticipatorias. Revistas ICDP, 2015, vol. 42, no 42.

CARNELLUTTI, F. Derecho procesal civil y penal: Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ejea, 1971.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1564 de 2012: Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras

disposiciones. Diario Oficial del Congreso de la República de Colombia, 2012, 48.489, Artículo 590.

\_\_\_\_\_. Ley 906 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 14/1992, de 10 de febrero de 1992. Tribunal Constitucional, 1992

\_\_\_\_\_. Sentencia C-039/04, 2004.

\_\_\_\_\_. Sentencia C379 de 2004, pp. 1-2.

\_\_\_\_\_. Sentencia C – 523 de 2009, p. 3.

\_\_\_\_\_. Sentencia. T-427 de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de, 2004, vol. 2.

CORREA, Camilo Andrés Garzón; ZAPATA, Martha Nelly García. Medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos. Academia & Derecho, 2016, no 7, p. 53-77.

CUMBE, Helber Mauricio Sandoval. Las medidas cautelares innominadas anticipatorias y el papel protagónico del Juez Constitucional. Revista Jurídica Piélagus, 2016, vol. 15, no 1, p. 111-124.

CHACÓN, Enrique Napoleón Ulate. Derecho a la tutela judicial efectiva: medidas cautelares en el ámbito constitucional, comunitario e internacional. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2007, no 114.

CHIOVENDA, Instituciones del Derecho Procesal Civil, T. I. Madrid, 1936, p.298.

CUELLAR PARRA, G., & VILLAMIZAR TORRADO, K. El principio de proporcionalidad en las medidas cautelares innominadas como garantía a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisdicción ordinaria civil colombiana: Un estudio desde la jurisdicción ordinaria civil del distrito judicial de Cúcuta. Cúcuta, Colombia: Repositorio Universidad Libre de Colombia, 2016.

CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

DELCASSO, Juan Pablo Correa. *El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil*. *Revista Xurídica Galega*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2000.

DELGADO, Franco; FERNANDA, María. Competencia de la comisión interamericana de Derechos Humanos para dictar medidas cautelares y el carácter tutelar de las mismas sobre los pueblos en aislamiento voluntario Tagaeri y Taromenane. 2015. Tesis Doctoral. Universidad de Los Hemisferios, 2015.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*, 1995, vol. 3, no 1, p. 2-11.

FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. *Las medidas de aseguramiento en el sistema penal acusatorio*. Editorial Leyer, 2005.

FORERO-SILVA, J. Medidas Cautelares en el Código General del Proceso. Bogotá, Colombia: 2ª edición, Editorial Temis, 2014.

GARCÍA PULLÉS, F. R. Medidas Cautelares Autónomas en el contencioso administrativo, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, 1ª ed., p. 73.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso: derecho procesal constitucional. Rubinzal-Culzoni, 2004.

GÓMEZ DURÁN, Lina Beatriz, et al. El nuevo régimen de medidas cautelares contempladas en la ley 1437 de 2011 y su real aplicación en la jurisdicción contenciosa administrativa. 2014.

HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas? Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2007, vol. 9, no 1.

INCHAUSTI, Fernando Gascón. La Adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la demanda. Cedecs, 1998.

MARÍN, Juan Carlos. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código procesal penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia, 2002, no 1, p. pp. 9-54.

\_\_\_\_\_. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamietno en algunas leyes especiales. Revista de Estudios de la Justicia, 2006, no 8, p. pp. 13-37.

MARTÍNEZ BOTOS, R. Medidas Cautelares. Ed. Universidad, 1990, Bs. As, p.29.

\_\_\_\_\_. Medidas cautelares: embargabilidad e inembargabilidad, embargo preventivo, secuestro, inhibición de bienes, prohibición de innovar, intervención judicial, anotación de litis: jurisprudencia, modelos y legislación. 1999.

MARTÍNEZ, B., op. cit., pág. 81; En: NOVELLINO, Norberto José. Embargo y desembargo y demás medidas cautelares. Abeledo-Perrot, 1984, p.24.

MARTÍNEZ, Francisco García. El concordato y la quiebra. Ediciones Depalma, 1967.

MIRET, Noelia Mallandrich. Medidas cautelares y arbitraje. Atelier Libros, 2010

MOJICA-FIGUEROA, Luis Antonio. Las medidas cautelares innominadas y la crisis moral del abogado en Colombia. Dixi, 2016, vol. 18, no 24.

MORALES, Evelyn. Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2008, no 4.

NAVARRO, José Bonet. Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil. Diario La Ley, 2009, vol. 7256, no 1.

NARVÁEZ, Marianella Ledesma. Comentarios al código procesal civil. Gaceta Jur., 2008.

KLETT FERNÁNDEZ, Selva Anabella. Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso en la República de Uruguay. En Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 2013. p. 996-1039.

LEÓN, Aníbal Quiroga. La actualidad del proceso cautelar y su modificación en el código procesal civil. THEMIS: Revista de Derecho, 2011, no 59, p. 259-284.

LONDOÑO, F. Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso Colombiano. *Criterio Jurídico Garantista*, 2014, 6(11), p.176-185.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio; PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge Gabino; ROMERO SIERRA, Rafael. Tribunal arbitral de upegui villegas limitada en liquidacion vs. castrol colombia ltda. y multifluid SA. 2012.

OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 2006.

PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. 1993.

PARRA QUIJANO, J. Medidas cautelares innominadas. Bogotá: *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 2013, p.315-317.

PERAFÁN, Felipe Andrade. Acción por infracción de derechos para la protección de la propiedad industrial, *La. Rev. Prop. Inmaterial*, 2011, vol. 15, p. 99.

\_\_\_\_\_. *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral*, T. IV, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Ed. Aguiar, 1956, Bs. As, p.12.

\_\_\_\_\_. *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral*, T. IV, *Tratado de las Medidas Cautelares*. Ed. Aguilar, 1956, Bs. As, p.14.

PUJADAS TORTOSA, Virginia, et al. *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*. 2008.

PROCESAL, I. Medidas cautelares innominadas. *Revista del instituto colombiano de derecho procesal*, 1989, p.88-90.

\_\_\_\_\_. Medidas cautelares innominadas. Revista del instituto colombiano de derecho procesal, 1989, p.91.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. Procesos y Medidas Cautelares, Comentarios a la Convención Interamericana, Sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares”. *Okey e Impresores*, 1991.

RAMOS-MÉNDEZ, F. Derecho procesal civil. Barcelona, España: Librería Bosch, 1980.

RANGEL ROMBERG, Aristides. Medidas cautelares innominadas. Revistas ICDP, 1989, 8(8), p.86-96.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española . Madrid, España: Real Academia Española, 2014.

REY CANTOR, Ernesto; REY ANAYA, Angela M. Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2010.

RIASCOS-GÓMEZ, L. Teoría General de las Medidas cautelares en el procedimiento administrativo Español y Colombiano, 2008.

ROCCO, Ugo. Tratado de derecho procesal civil. Temis, 1977.

ROJAS, Edgard Baqueiro; BÁEZ, Rosalía Buenrostro. Derecho de familia y sucesiones. Oxford University Press, 2004, p.226.

ROJAS RODRÍGUEZ, Mario. Las Medidas Precautorias. Librotec. Concepción, 1965, p. 29.

SACIPA-LOZANO, N. (). Medidas cautelares innominadas en procesos laborales en Colombia. Univ. Estud. Bogotá, 2017, (15), p.67-84.

SANABRIA SANTOS, Henry Norberto. Configuración procesal de la pretensión de tutela. Univ. Externado de Colombia, Fac. de Derecho, 2000.

SANTORO, Daniel. Técnicas de investigación: métodos desarrollados en diarios y revistas de América Latina. FCE, 2004.

SARMIENTO, Eduardo García. Medidas cautelares: introducción a su estudio. Librería El Foro de la Justicia Editorial, 1981.

SEMILLERO DE DERECHO PROCESAL. El juez de apoyo colombiano en materia de medidas cautelares innominadas en el Proceso arbitral internacional. Cali, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2014.

TORREALBA NAVAS, Federico. Lecciones de contratos. San José, Costa Rica: ISOLMA , 2009, p.184.

TRUJILLO LONDOÑO, Francisco Javier. Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso colombiano. Criterio Jurídico Garantista, 2014, vol. 6, no 11.

WARD, O. Teoría general del proceso: Temas introductorios para auxiliares judiciales. San José de Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 2000.



## ANEXOS

### Anexo 1. Formato Entrevista

#### UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA FACULTAD DE DERECHO

La presente encuesta tiene el propósito de indagar a cerca de los conceptos y aplicaciones de las acciones cautelares innominadas en Bucaramanga con fines netamente académicos.

*De ante mano agradecemos el tiempo dedicado a responderla*

- 1. ¿Es usual la solicitud y posterior decreto de medidas cautelares innominadas en juzgados Civiles de Bucaramanga?**

Frecuente \_\_\_ Poco Frecuente \_\_\_ Desde hace muy poco \_\_\_ Nunca \_\_\_

- 2. ¿Bajo su concepto y experiencia, las medidas cautelares innominadas tienden a ser eficientes en favor de la salvaguarda de los derechos del demandante?**

SI \_\_\_ NO \_\_\_

- 3. ¿Considera usted que hay ilustración suficiente sobre este tipo de medidas?**

SI \_\_\_ NO \_\_\_

4. **¿Qué medidas cautelares innominadas se están concediendo y por qué?**
  
5. **¿En qué casos podrá denegarse una medida cautelar innominada?**