

“TEST DE RAZONABILIDAD: UN MECANISMO PARA GARANTIZAR EL DEBIDO
PROCESO EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES
INNOMINADAS”

AUTORES:

Daniel Alfredo Rodríguez Castro
Daniel David Sierra Fandiño

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES
INTERNACIONALES
BOGOTÁ D.C.
2016

“TEST DE RAZONABILIDAD: UN MECANISMO PARA GARANTIZAR EL DEBIDO
PROCESO EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS”

Trabajo de grado monografía grupal para optar por el título de Abogado

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Oscar Iván Garzón Guevara

Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, Magister en Derecho Procesal
de la Universidad Externado de Colombia, docente universitario, miembro del
Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES
INTERNACIONALES
BOGOTÁ D.C.
2016

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá, D.C., 9 de julio de 2016

TRABAJO DE GRADO, MONOGRAFÍA GRUPAL PARA OPTAR POR EL TÍTULO
DE ABOGADO

Presidente Dr. Juan Manuel Linares Vanegas

Rectora Dra. Sonia Arciniegas Betancourt

Decano(a) de la Facultad de Derecho: Dr. John Jairo Morales Álzate

Directora centro de investigaciones: Dra. Paula Lucia Arévalo Mutis

Secretario(a) Académico: Dr. Andrés Samper Fajardo

Director de monografía: Dr. Oscar Iván Garzón Guevara

DEDICATORIA

En primer lugar a nuestras familias que nos acompañaron en todos y cada uno de los pasos cuando decidimos convertirnos en abogados, a ellos, porque son la mayor motivación en nuestras vidas y que esperan que con ahínco llevemos esta noble profesión con honor y lealtad.

A nuestra alma mater, que nos forjó en este hermoso camino del derecho y a cada uno de nuestros maestros que aportaron su conocimiento para construir el nuestro, recordando que un hierro se afila con otro hierro, agradecidos siempre. Sus discípulos.

Y a la hermosa labor del abogado y a su eterna compañera por quien este debe velar en cada actuación “la justicia”.

CONTENIDO

| | pág. |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 11 |
| 1. OBJETIVOS | 13 |
| 1.1 OBJETIVO GENERAL | 13 |
| 1.1.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS | 13 |
| 1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 13 |
| 1.2.1 DEFINICIÓN DEL PROBLEMA | 13 |
| 1.2.2 JUSTIFICACIÓN | 14 |
| 1.2.3 JUSTIFICACIÓN SOCIOJURÍDICA | 14 |
| 1.3. METODOLÓGIA | 15 |
| 2. PODER CAUTELAR GENERAL, CREACIÓN O REITERACIÓN DE FIGURAS JURÍDICAS | 17 |
| 2.1 NOCIÓN DE CAUTELA: ROMA | 17 |
| 2.2. DEL ESTILO BARROCO Y SUS REPERCUSIONES | 19 |
| 3. PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES DE ACEPTACIÓN EN LAS MEDIDAS CAUTELARES | 20 |
| 3.1 EL FUMUSBONIS IURIS O APARIENCIA DE BUEN DERECHO | 21 |
| 3.2 EL PERICULUM IN MORA O PELIGRO DE MORA | 22 |
| 3.3 CONTRACAUTELAS | 23 |
| | |
| 4. DE LA NORMA EN BLANCO A LA CONSTITUCIÓN DE 1991 | 23 |
| 4.1 DE LA INDETERMINACIÓN A LA DISCRECIONALIDAD | 25 |
| 5. JUECES PODEROSOS, ¿TEMEROSOS? | 26 |
| 5.1 DEL TOPOS COMO ÉTICA EN EL EJERCICIO CAUTELAR | 28 |
| 6. EL DEBIDO PROCESO: SU RELACIÓN CON LAS CAUTELAS INNOMINADAS | 29 |
| 6.1 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS: MÁS ALLÁ DE LA MATERIALIZACIÓN DE UN DERECHO CIERTO. | 32 |
| 6.2 LA MEDIDA CAUTELAR COMO HERRAMIENTA GARANTE DEL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL | 32 |
| 6.3 LA RAZÓN DE SER DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO | 34 |
| 6.4 LA ZONA ROJA DE LA MEDIDA CAUTELAR | 34 |
| 6.5 LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA EN CONTRA DEL DERECHO POSITIVO | 35 |

| | |
|--|-----------|
| 6.6 LA CORTE EN BUSCA CRITERIOS A LA AHORA DE DECRETAR UNA MEDIDA CAUTELAR | 37 |
| 7. ANALOGÍA CON LA VALORACIÓN PROBATORIA; SISTEMA TAXATIVO QUE HIZO TRANSICIÓN A LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ | 38 |
| 7.1 EFECTO ESPEJO EN EL DEBIDO PROCESO DE LA VALORACIÓN PROBATORIA Y LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA | 40 |
| 8. CONDICIONES PARA LA CONSIDERACIÓN DE LA APLICACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA (M.C.I). | 45 |
| 8.1 TEST DE RAZONABILIDAD, NECESIDAD DE LA FIGURA JURÍDICA | 46 |
| 8.2 TEST DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD; EJE FUNDAMENTAL PARA LA APLICACIÓN DE UNA M.C.I. | 49 |
| 8.3 VALORACIÓN DE LAS REPERCUSIONES DE LAS M.C.I SOBRE EL DEBIDO PROCESO | 50 |
| 8.4. MODUS PONENDO PONENS | 52 |
| 8.5. DIRECTRICES APLICABLES: EN BÚSQUEDA DE LA PROTECCIÓN AL DEBIDO PROCESO Y HACER EFECTIVA LA M.C.I. | 54 |
| 9. PREJUICIOS, EXPECTATIVAS Y CREENCIAS DE OPERADORES DEL DERECHO | 59 |
| 10. CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES | 62 |
| 11. CONCLUSIONES | 73 |
| BIBLIOGRAFÍA | 76 |

LISTA DE FIGURAS

| | |
|---|----|
| Figura 1. Juicio de valor | 55 |
| Figura 2. Violación derecho cierto | 56 |
| Figura 3. Variable del daño | 57 |
| Figura 4. Equilibrio jurídico | 57 |
| Figura 5. Encuesta jueces respuesta pregunta 1. | 60 |
| Figura 6. Encuesta jueces respuesta pregunta 2. | 60 |
| Figura 7. Encuesta abogados pregunta 1 | 61 |
| Figura 8. Encuesta abogados pregunta 2 | 61 |

ABREVIATURAS

Art: Artículo.

CC: Corte Constitucional

CGP: Código General Del Proceso

CP: Constitución Política.

CPC: Código De Procedimiento Civil.

HCSJ: Honorable Consejo Superior De La Judicatura.

MCI: Medida Cautelar Innominada.

MP: Magistrado Ponente.

Pág.: pagina

RESUMEN

El presente texto busca ubicar LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y ANTICIPATORIAS en un plano de la lógica jurídica, ya que será en este escenario donde se podrá demostrar el resultado esperado cuya propuesta de valor consiste en una herramienta procesal que permita una mayor garantía del derecho a la administración de justicia, es por esto que analizar la aplicación de este tipo de medidas como instrumento necesario para la protección de los derechos sustanciales, permitirá una efectividad que se materializara en una verdadera justicia, es decir una justicia eficaz ya que una justicia sin eficacia no se le puede llamar justicia.

El trabajo se desarrolló mediante un método de estudio investigativo-propositivo por lo que se ha resuelto identificar el origen y desarrollo de las medidas cautelares en general, para poder relacionar las repercusiones de la utilización de medidas cautelares innominadas frente al debido proceso, con la posibilidad de aplicación del test de razonabilidad y por ultimo plantear un herramienta jurídico procesal, con base en los estudios realizados en esta investigación, que permita una implementación adecuada en las mismas; además, mediante un trabajo de campo se buscó determinar la forma particular como los operadores del derecho aprecian esta figura procesal y la posibilidad de ser generada por el uso en el plano racional del Juez teniendo como base la proporcionalidad de la calificación de la medida, en contraposición a una amplia potestad cautelar general del mismo, discrecionalidad que podría causar traumatismos en el ordenamiento constitucional, ya que al tenor de su in nominación podrían suscitarse una serie de eventos que a la postre serian evidentemente perjudiciales (en primera medida) al debido proceso, pudiendo vulnerar así derechos constitucionales.

Esta propuesta estaría ligada al test de razonabilidad que jurisprudencialmente ha manejado la corte constitucional en sus providencias, con esto se busca ambiciosamente garantizar que la existencia de las cautelas atípicas, dada su naturaleza, no altere el derecho constitucional y el derecho al debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico, también realizamos algunas valoraciones de la repercusión que tienen las medidas pluricitadas en tan importante principio y todo un desarrollo investigativo que concluirá en la propuesta de valor de nuestro trabajo.

PALABRAS CLAVE: Test de razonabilidad, discrecionalidad, cautela jurisdiccional efectiva, debido proceso, medidas cautelares innominadas, administración de justicia.

INTRODUCCIÓN

“Quizá podría decirse que, de todos modos, es malo que sea un hombre y no la Ley quien ejerza la soberanía, estando sujeto a las pasiones que afectan al alma”

(Política, III, 1281a, 5-1) Aristóteles

La figura de la medida cautelar innominada pretende responder a estamentos jurídico-procesales como un instrumento efectivo, garantista y progresivo del derecho en búsqueda de la reivindicación de la justicia, la cual a través de la disposición del juez pretende obtener un componente de legitimidad y efectividad teniendo en cuenta que este tipo de herramientas logran el afianzamiento y credibilidad social de la administración de justicia, si se le da el uso proporcional necesario y adecuado, es decir que se efectuó mediante una dispositividad razonable.

Las medidas cautelares innominadas y anticipatorias, son facultades que el legislador otorgo a los magistrados y jueces de la república a la luz del código general del proceso ley 1564 de 2012, con el fin de proteger intereses de los usuarios de la administración de justicia, ya que crea un instrumento útil para hacer efectiva la decisión judicial, y otorga además una discrecionalidad frente al decreto y practica de las mismas.

En el presente trabajo se tomó la decisión de abordar el objeto de estudio desde un análisis contextual histórico, formando una línea de tiempo, que no sólo narra los eventos del pasado y su correspondiente evolución hasta llegar al presente, sino que llega incluso a formular, si no predicciones, si apreciaciones sobre lo que llegarán a ser las Medidas Cautelares Innominadas en un ordenamiento jurídico como el Colombiano, donde la Corte Constitucional ha formado una fuerte y clara percepción de lo que debe entenderse por debido proceso y acceso a la administración de justicia. Lo anterior, llevó a proponer una herramienta que permita tanto al juzgador, como al profesional del derecho, utilizar esta figura procesal en el marco de la lógica jurídica para brindar mayor seguridad en el proceso.

El tipo de investigación en el que se orienta este trabajo, es un método investigativo-propositivo, por medio del cual se espera describir los efectos jurídicos de la aplicación de las medidas cautelares innominadas, para plantear una hipótesis y sus posibles soluciones utilizando como base la ponderación de derechos en pro de demostrar que el uso de la figura procesal estudiada es viable en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de nuestra propuesta de valor.

Esto se lograra a través de un estudio documental, conforme al cual se definirá con claridad el poder cautelar general; el giro realizado desde una perspectiva histórica, y la recolección de datos a través de la jurisprudencia comparada y de la aplicación de encuestas, permitirán dimensionar el fenómeno desde su aplicación práctica, como resultado del conocimiento adquirido se planteara una herramienta cuyo objetivo es garantizar los procesos y aplicaciones de las medidas cautelares innominadas.

1. OBJETIVOS

1.1 OBJETIVO GENERAL

Plantear un herramienta a partir de los estamentos jurídicos existentes, que permita la utilización de las medidas cautelares innominadas con la mínima afectación de los derechos de las partes, aplicando el conocimiento y habilidades adquiridas durante la investigación.

1.1.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar el origen y desarrollo de las medidas cautelares conceptualizando lo teórico y lo práctico.
- Relacionar las repercusiones de la utilización de medidas cautelares innominadas frente al debido proceso, con la posibilidad de adecuar el test de razonabilidad como garantía del proceso y sus extremos procesales.
- Plantear un herramienta jurídico procesal, con base en los estudios realizados en esta investigación, que permita una implementación adecuada en las medidas cautelares innominadas.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.2.1 Definición del Problema

En cuanto a las medidas cautelares innominadas es precisamente la discrecionalidad otorgada al juzgador, la naturaleza innominativa de las mismas y el poco referente legal que existe sobre ese criterio evaluativo para su aplicación, el que ha dirigido esta investigación a cuestionar sí la aplicación del poder cautelar general, atenta contra el derecho constitucional del debido proceso, en sus elementos de defensa y contradicción, o sí por el contrario, es posible estructurar un criterio de evaluación estándar, transparente y lógico, dentro de un plano racional, que permita tanto la movilidad legal del juez como la aplicación de las medidas cautelares innominadas con la mínima afectación.

En consecuencia de lo anterior planteamos la siguiente pregunta-problema la cual se desarrollara en el contenido del trabajo:

¿Es viable la aplicación de herramientas jurídicas que garanticen el debido proceso y que permitan la discrecionalidad del juez, es decir que no se pierda el carácter innominativo de estas medidas cautelares?

1.2.2 JUSTIFICACIÓN

El derecho de acceso a la administración de justicia, contemplado constitucional, jurisprudencial y doctrinalmente, debe ser entendido como la facultad, no solo del particular de activar el aparato jurisdiccional a través del uso de las acciones contempladas en el ordenamiento legal, sino que además debe entenderse como la realización efectiva del mismo, la cual se evidencia en la capacidad de lograr que el resultado de estas acciones una vez reconocido por el juez o por quien tenga el deber legal de hacerlo, pueda ser materializado en la realidad al finalizar el proceso.

Las medidas cautelares nacen en aras de garantizar la efectividad de este derecho, por lo que su utilización ha sido necesaria para alcanzar un fin constitucional. No obstante, el legislador evidenció que la taxatividad de las medidas, limita el poder del Juez para proteger el estado de cosas que se encuentra al inicio del proceso y lograr que permanezca al final del mismo, motivo por el cual procedió a otorgar poderes suficientes, bajo los cuales en cada caso concreto sea posible decidir la medida cautelar idónea, con base en criterios de razonabilidad.

Esta innominatividad comporta un riesgo, por cuanto no es posible ejercer el derecho de defensa contra medidas que no se conocen previamente, peligro que llevaría a suponer que la aplicación de esta medida cautelar es desproporcionado. Este trabajo parte de la complejidad del problema descrito, y a través de un análisis del riesgo busca demostrar que la discrecionalidad, además de ser una facultad del juez, quien no puede ser entendido como un operario del derecho, sino como su interprete autorizado, no conlleva la arbitrariedad en sí misma, y que a través de una definición clara de la razonabilidad es posible hacer uso de las medidas cautelares innominadas.

1.2.3 JUSTIFICACIÓN SOCIOJURÍDICA

Las medidas cautelares representan una justicia efectiva, ya que es por medio de estas que se materializa un derecho litigioso e impide que una sentencia sea irrisoria al vencedor de un proceso y es por esta razón que son frecuentemente utilizadas en los pleitos judiciales, pero la Ley 1564 de 2012 incluyó las medidas cautelares innominadas cuyo objetivo no es otro que ampliar las garantías y posibilidades cautelares, no obstante nos percatamos que estas últimas no son de uso constante en los procesos judiciales, ya que aún no hay una tradición jurídica de

implementarlas, y pudimos entender que esto pasa por dos razones según las encuestas y el trabajo de campo realizado, como primera medida, el desconocimiento tanto de los operadores judiciales como de los abogados litigantes y demás actores jurídicos que impide la utilización, y en segunda medida, el recelo a utilizarlas, ya que al ser un tema “novedoso” pero necesario, crea una desconfianza, haciendo optar por las medidas cautelares tradicionales, desconociendo que las medidas cautelares innominadas pueden representar un sinnúmero de opciones que a la postre permitirían una protección más adecuada de acuerdo al tipo de proceso.

Esta negativa va de la mano de la problemática planteada, ya que al no estar consolidada en la cotidianidad de los actores jurídicos se desdibuja su utilidad y se crean posibles malas concepciones, que si bien pueden materializarse en realidades en virtud de la discrecionalidad y la posibilidad fragante de repercusión en otros derechos de tipo sustancial o procesal, no es óbice para obviarlas, por esta razón direccionamos el texto, no solo a la búsqueda doctrinal y descriptiva sino a ir un paso más allá, proponiendo una posibilidad instrumental que a la postre serviría de garantía y transparencia.

1.4. METODOLOGÍA

Tipo de trabajo: investigativo-propositivo

La hipótesis esgrimida en el presente texto plantea problemas jurídicos que requieren ser estudiados y analizados de manera suficiente para dar a entender al lector que las medidas cautelares innominadas pueden generar consecuencias tanto negativas o positivas a los derechos sustanciales objeto de litigio, dependiendo la postura de las partes involucradas al proceso, por su característica esencial de innominadas, no obstante, son medidas evolutivas del derecho que se requieren con el fin de brindar efectividad al proceso judicial, por consiguiente se apela al test de razonabilidad y la ponderación de derechos así como a los principios del derecho como el debido proceso para plantear una posible solución que permita la utilización de estas medidas cautelares innominadas de una manera transparente y garantista.

En este orden de ideas se llevó a cabo el presente trabajo investigativo y propositivo con el que se contó con suficiente material bibliográfico intentado abarcar una amplia gama de nociones necesarias para su desarrollo, cada capítulo pretende dar un vistazo ineludible para comprender la noción de las medidas cautelares innominadas y su practicidad, para llegar a la propuesta de valor cuyo objetivo no

es otro que ampliar las garantías de la utilización de las medidas cautelares innominadas.

De acuerdo a lo anterior se desarrollara el contenido de la siguiente manera; (i) nociones de cautela y reiteración de figuras jurídicas a través de la historia, (ii) aparición de la constitución de 1991, plano constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva, acceso a la justicia y debido proceso, (iii) ejercicio cautelar reiteración jurisprudencial y relación circunstancial entre poder cautelar general y el debido proceso frente a los derechos constitucionales, (iv) analogía con figuras jurídicas que después de ser taxativas, pasaron a la discrecionalidad del juzgador (sana crítica y sistemas de valoración de las pruebas) (v) propuesta de investigación que busca otorgar una herramienta para que el juez, aun con su discrecionalidad haga una efectiva aplicación de las medidas cautelares innominadas dentro del plano de la lógica jurídica, (vi) finalmente se revelaran unas conclusiones pertinentes del tema.

2. PODER CAUTELAR GENERAL, CREACIÓN O REITERACIÓN DE FIGURAS JURÍDICAS

Antes de desarrollar el tema central que ocupa esta investigación, es inevitable abordar en este apartado los aspectos históricos que rodearon la medida cautelar, a efectos de sentar las bases de los conceptos principales que estructuran el presente trabajo.

2.1 NOCIÓN DE CAUTELA: ROMA

Las medidas cautelares, entendidas como mecanismo de prevención dentro del proceso, no pueden ser vistas arbitrariamente, ni asumirse como algo nuevo dentro del ordenamiento jurídico contemporáneo; históricamente estas medidas han sido enmarcadas dentro de varias estructuras legales de diversas civilizaciones, como un medio para proteger el estado de las cosas comprometidas en un proceso al finalizar el mismo. Como precedente mediato, se encuentran figuras jurídicas tales como *el interdictum*, *la cautio de dolo* o *cautio damni infecti* entre otras, que cumplían funciones similares a las medidas cautelares actuales, claro está teniendo en cuenta el contexto en que se desarrollaban entonces.

En sus inicios estos estamentos jurídicos no tuvieron en su totalidad los elementos que actualmente se conciben como necesarios para la existencia de las medidas cautelares, como lo son: el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho; Si bien, consideraban el *periculum in mora*, no se evidenciaba que hubieran tenido en cuenta la apariencia de buen derecho, bajo el entendido que este se encontraba limitado, ya que para la época era más importante el sentido pecuniario que pudiera acarrear un proceso en la demora del mismo y no el derecho que alegaba la parte.

El maestro Eugene Petit en su obra *Tratado Elemental de Derecho Romano* plantea dos claros ejemplos sobre lo que se está manifestando, el primero hace referencia a una caución llamada *cautio damni infecti*: que consistía en proteger a una persona de un daño que aún no ha sido causado; pero que si es inminente; por ejemplo: cuando se edifica una construcción en un predio y durante su desarrollo puede resultar un perjuicio para el predio vecino, el pretor permite al propietario interesado exigir al dueño del edificio que se comprometa por estipulación a pagarle, si llega el caso, daños e intereses. En el anterior caso, no hay manera de determinar si existió o no apariencia de buen derecho.

Se encontró un segundo ejemplo en el que si bien, no era tan importante la apariencia de buen derecho, si podría verse como el precursor de lo que se entiende en la actualidad de ese estamento, éste prototipo era llamado por Petit como *cautio*

de dolo, que consistía en que en un caso de reivindicación, si el derecho del demandante es reconocido, el juez no debía limitarse solo a ordenar la restitución de la cosa reivindicada y de sus accesorios, debe también ordenar al demandado que suministre la caución de dolo y puede suceder, en efecto, que el poseedor haya realizado, respecto de la cosa, actos de tal naturaleza que causen más tarde perjuicio al demandante, como haber hecho tomar al esclavo sustancias que han debilitado su estado físico, o haberle acostumbrado al robo.

Otras instituciones romanas que traemos a colación se denominan manus iniectui la cual se regulo en las doce tablas y permitía al acreedor disponer de la vida del deudor una vez era condenado o confesaba su deuda¹, como podemos observar la persona respondía a su obligación incluso con su vida por lo que su finalidad era una coacción directa para el deudor o su familia a fin que hicieran efectivo el pago de la obligación de la cual el deudor pasa a convertirse en objeto de litigio.

La pignoris capio, otra medida cautelar del derecho romano que como se explica a continuación:

Consistía en el embargo que de una cosa mueble hacia el acreedor al deudor renuente a cancelar. Sin proceso judicial el acreedor entraba en posesión de los bienes del deudor, para constreñirlo al cumplimiento de la obligación a su cargo, el acreedor no podía vender esos bienes muebles, pero si poseerlos y retenerlos e incluso destruirlos si el deudor no pagaba²

Muy parecida a la actual prenda general de garantía, se utilizaba en la antigüedad como mecanismo de cobro coactivo de un deudor a un acreedor.

Como se observa, la apariencia de buen derecho no fue un elemento trascendental en las medidas preventivas de creación romana, por lo que el elemento más fuerte a la hora de determinar la procedencia de la medida cautelar, constantemente ha sido el peligro en la demora. Este presupuesto, se establece no sólo para las medidas cautelares nominadas, además forma parte fundamental de las innominadas, lo que conlleva a que el poder del juzgador sea ajustado con disposiciones legislativas como la establecida en el Código de Procedimiento Civil Venezolano, en su artículo 588 parágrafo 1, que reza:

¹ Regulada en la tercera de las doce tablas, permitía que cuando el deudor era condenado en sentencia, o confesaba su deuda ante el magistrado, el acreedor procedía contra la persona del deudor, para reducirlo a la condición de esclavo en incluso a disponer de su vida, pues quien respondía era la persona y no sus bienes.

FORERO SILVA, Jorge. Medidas cautelares en el Código General del Proceso. Bogotá. Temis, 1ª Ed, 2013.p. 5.

² Ibídem

“(…) El Juez puede acordar **las providencias cautelares que considere adecuadas** cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, el tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión”³ (Negrita nuestra).

2.2. DEL ESTILO BARROCO Y SUS REPERCUSIONES

Barroco es un espacio de la historia occidental donde todas las artes fueron promovidas a abandonar la sencillez que identificó al renacimiento, para acudir desenfrenadamente a lo sobrecargado y exagerado. Originalmente el término fue utilizado de forma desdeñosa para referirse a los excesos en los que incurría el artista, surgió en primera medida en el Dictionnaire de Trévoux (1771), que define la pintura, un cuadro o una figura de gusto barroco, como aquel donde las proporciones no son respetadas y todo está representado persiguiendo el deseo del artista.

Este modelo caprichoso, que aunque por naturaleza no es relevante para el derecho, llevó en ese momento histórico a uno de los juicios más reconocidos sobre medidas cautelares innominadas, referenciado por el maestro Piero Calamandrei en su conocida obra "Introducción de Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares", y sobre el que se narra sobre una la pintura realizada en un establecimiento comercial nocturno donde se mostraban a los artistas de la época y los invitados a este lugar en trajes poco decorosos que resultaban insultantes para estos, una actriz que logro reconocerse en uno de los frescos, al sentirse ofendida por la pintura decidió demandar con el objeto de hacer borrar la figura y que pagara los daños causados, mientras se surtía el juicio pidió que se cubriera la pintura a fin que nadie la pudiera ver.⁴

³ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. El Congreso de la república de Venezuela, código de procedimiento civil de Venezuela, artículo 588. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=235621

⁴ROMBERG RENGEL, Arístides, "Medidas Cautelares Innominadas", p. 88. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2015]. Disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>. Estableciendo que: El propietario de un centro de recreo nocturno de París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiros y ninfas y el pintor, con el objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podía presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías, fácilmente identificables de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. La noche de la inauguración, una actriz que figuraba entre los numerosos invitados, tuvo

Como se evidencia, poco podría haber hecho el juzgador que conoció de tan pintoresca demanda, con las medidas de embargo o secuestro, las cuales además de resultar demasiado gravosas para el demandado, no protegerían en forma alguna el buen nombre –derecho reclamado- o el decoro de la demandante.

Ahora bien, ese derecho que invoca la demandante, es principalmente el mismo que va a ser objeto de debate en la litis procesal; consecuencia de lo anterior, el legislador ha optado por establecer como requisito, prueba de la existencia del derecho, antes del decreto de la medida. Esa prueba admite varios niveles de rigor, en las diferentes legislaciones.

3. PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES DE ACEPTACIÓN EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

Existen condicionamientos sustanciales que la legislación reconoce y aplica haciéndolo requisito sine qua non que el juez debe calificar para el decreto y practica de una medida cautelar, es inconcebible que se utilice este instrumento procesal sin estar bajo la luz del *fomus bonus juris* y el *periculum in mora*.

La Corte Constitucional acepta este planteamiento donde los presupuestos mínimos para decretar la medida cautelar son premisas necesarias, como primera medida, la apariencia de buen derecho, es decir que por lo menos en apariencia se pueda considerar las pretensiones, en segunda medida, el peligro de mora, es decir que exista un riesgo creado que pueda afectar el derecho en el tiempo que dure el proceso y por último que se pague una caución o garantía para salvaguardar el derecho ajeno, en caso que se cause algún daño con la aplicación de la medida cautelar.⁵

la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio con el objeto de hacerlo condenar a que borrara la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriera provisionalmente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica.

⁵ Para que pueda decretarse la medida cautelar, a saber, que (i) haya la apariencia de un buen derecho (“*fumusboni iuris*”), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia; (ii) que haya un peligro en la demora (“*periculum in mora*”), esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso; y, finalmente, que él a la demandante preste garantías o “*contracautelas*”, las cuales están destinadas a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-490 de mayo 4 de 2000.M.P. Alejandro Martínez caballero. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2015]. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/ basedoc/c-490_2000.

3.1 EL FUMUSBONIS IURIS O APARIENCIA DE BUEN DERECHO

Este presupuesto se debe entender sin que exista un prejuzgamiento, pero si una probabilidad de exigibilidad del derecho invocado, una vez exista sentencia en firme, lo cual permite que no se use de indebida forma el poder cautelar ya que debe partir de la presunción inicial es decir:

“con fundadas probabilidades de éxito en la sentencia de fondo, al menos en apariencia, con ello se exige, la demostración por parte del peticionario de la probable existencia del derecho aunque no de su certeza, pues por razón de urgencia no habrá lugar a más que un examen superficial”⁶,

De modo que es importante establecer que no se trata de promover un indiscutible vencedor en el juicio, sino que por su apariencia, en principio se le deben generar garantías procesales ante una probabilidad sumariamente demostrada. Ante esta apariencia y repito sin que verse un prejuzgamiento por parte del operador judicial, se dispone del poder cautelar ante un inminente riesgo del derecho reclamado en el proceso y que se reconoce con la sentencia, que a su vez debe materializarse con su cumplimiento; además, reconocer el buen derecho del reclamante al decretar las medidas cautelares que soportan el cumplimiento de una sentencia en firme, tiene un valor social agregado en la aceptación y convencimiento de la justicia.

El fumus bonis juris ya comporta de entrada un juicio racional del juez, dado que este debe hacer una interpretación de las probabilidades de éxito de las pretensiones y si la aplicación de la medida cautelar es razonable y justa⁷, la discrecionalidad del decreto y práctica de la medida cautelar por parte del juez se ve condicionada a los presupuestos facticos aceptados normativa y jurisprudencialmente.

Ejemplo: En el siguiente cuadro se grafica de manera más dinámica lo que significa la apariencia de buen derecho.

Tabla 1. Apariencia de buen derecho

⁶ JIMENEZ MARTINEZ, Juliana. La medida cautelar innominada. Bogota. Leyer, 2015. p.37

⁷ Ibid., p.38 Estableciendo que: hacer un examen preliminar que permita calcular que tantas probabilidades de éxito tiene la pretensión a la cual le deberán de servir, determinando si la utilidad de la medida es mayor o menor que el perjuicio que pueda ocasionar; se trata de acreditar una apariencia de buen derecho sujeta a un juicio de verosimilitud y probabilidad.

| Caso | Apariencia de buen derecho | Medida cautelar |
|---|---|---|
| Demanda ejecutiva por no pago de la obligación de un título valor | Sí, el demandante tiene en su poder el pagare diligenciado en debida forma que representa el derecho literal y autónomo que en él se incorpora. | Ante la apariencia de buen derecho al juez le es dable decretar y practicar las medidas cautelares necesarias, ordinarias o innominadas |
| Demanda ejecutiva de alimentos para hijo menor de edad | Sí, se entiende la legitimidad de un hijo cuyos gastos por regla general corren por cuenta de los padres o en quien ejerza la patria potestad del menor en partes iguales | Evidentemente existe probabilidad de exigir el derecho por cuanto el decreto de la medida cautelar es necesario |

Fuente: autores

3.2 EL PERICULUM IN MORA O PELIGRO DE MORA

No es un secreto que los procesos judiciales no se desarrollan con la celeridad y eficacia necesarias y óptimas donde se materialice efectivamente una justicia verdadera, es más en la práctica y ejercicio del derecho en Colombia los lapsus espaciotemporales suelen prolongarse en el tiempo de una manera casi que absurda, desde el momento que se acciona el aparato jurisdiccional con la presentación de la demanda, cuando se logra (por fin) una notificación válida, cuando la contraparte ejerce su derecho de contradicción, cuando se traba la Litis, cuando se surten las audiencias y cuando se dicta sentencia, ya se han permitido maniobras que generan un riesgo a cuenta del solicitante propio de la tramitación del proceso el cual puede degenerar en un daño en contra de los intereses sustanciales de quien reclamaba justicia y al cual una vez sale vencedor en el proceso no tenga más que un papel que si bien le reconoce su derecho, no puede materializarse por la imposibilidad de su ejecución.

La Corte Constitucional en Sentencia C- 379 de 2004, ha desarrollado este concepto teniendo el peligro en la demora como criterio sustancial para evitar daños por el paso del tiempo, ya que estas buscan proteger el derecho reclamado en el

transcurso de un litigio, cese una vulneración o cuando haya fundadas posibilidades de hacer ilusorio un fallo judicial.⁸

3.3 CONTRACAUTELAS

Algunos doctrinantes no determinan las contra cautelas o cauciones como requisito para el decreto y practica de medidas cautelares, no obstante desempeñan un papel de equilibrio en los intereses encontrados y como medio de ponderación de daños colaterales, es decir, se entiende que si bien el demandante ostenta la apariencia de buen derecho incluso el peligro en la mora, no es óbice para de entrada suponer que va a salir vencedor en el juicio ya que esto supondría un prejuzgamiento, es por esto que en la legislación colombiana se exige una póliza de seguro la cual entraría a compensar los daños del demandado que no fue vencido en juicio al cual, el decreto y práctica de la medida cautelar le causo una afectación en sus derechos, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado al respecto:

“que el demandante preste garantías o “contra cautelas”, las cuales están destinadas a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas.”⁹

4. DE LA NORMA EN BLANCO A LA CONSTITUCIÓN DE 1991

En Colombia la Constituyente de 1991 consagró el derecho de toda persona de acceder a la justicia (artículo 229 Superior), la doctrina y la jurisprudencia han entendido que esta garantía no puede discernirse sólo desde el acto de petición reflejo, sino que debe materializarse en la respuesta a esa manifestación del coasociado, es decir, debe ser efectiva, una protección real de sus derechos. Bajo ese entendido el legislador ha previsto la medida cautelar, como una protección al acceso a la justicia, ya que esté último puede verse afectado por el tiempo procesal, de ahí que nazca la necesidad de reforzarlo con la figura de las medidas cautelares.

⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-379 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. expediente D-4974. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-379_2004. Estableciendo que: “La existencia de las medidas precautorias como un anticipo de lo que podría ser resuelto en la sentencia para que el derecho subjetivo se realice, para que oportunamente cese su vulneración y se otorgue la debida protección reclamada por el actor. Con las medidas cautelares se persigue pues, evitar a lo menos de manera inmediata y en forma provisorio, que se prolongue el desconocimiento del ordenamiento jurídico vulnerado en apariencia, con verosimilitud considerada por la ley como grave, que es lo que la doctrina ha definido como una medida para conjurar el “periculum in mora.”

⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena, Sentencia C-490 de 2000. Op. Cit. p. 13

La naturaleza jurídica de las medidas cautelares se ha planteado desde varias posiciones, entre las que se describe como "la acción (Chiovenda), el proceso (Carnelutti), o providencia (Calamandrei)"¹⁰ acepciones que sistematizadas llevan a la conclusión de que la medida cautelar es un acto procesal en sí mismo.

Ahora bien, como actos procesales que en virtud del principio de legalidad, se consagran en preceptos normativos, las medidas cautelares no han logrado contemplar de antemano todas las posibles circunstancias que pueden eventualmente poner en peligro el derecho reclamado; a pesar que se formulan como generales, su eficacia ha sido cuestionada. De allí que se discuta la necesidad de formular una norma en blanco, en la que, con base a unos supuestos determinados, se faculte al juez a decidir las cautelas que mejor se adapten a la situación. Esta norma en blanco es lo que configura en las legislaciones el "poder cautelar general", en términos de Rafael Ortiz.¹¹

Con el fin de entender en qué consiste este poder cautelar, puede acudir a la clasificación que el profesor López Blanco hace entre la taxatividad y la innominatividad, conceptos que por la ambigüedad del lenguaje suelen ser usados como sinónimos. Para López, la taxatividad hace referencia a la consagración expresa aunque general de las medidas cautelares; mientras que la nominatividad, hace referencia a su enunciación o listado en particular, en consecuencia, entiende como innominatividad la ausencia de categorización particular de las medidas, no obstante de estar taxativamente permitidas en un cuerpo normativo, en ese sentido, el poder cautelar es taxativo, y el poder cautelar general es nominativo en la medida que es el legislador quien faculta al juez para que por medio de sus providencias, decreta cautelas, por su parte la decisión del juez es nominativa, al decretar la cautela correspondiente al caso concreto.

Tal como lo hizo el Legislador en 2012 con la Ley 1564 donde manifestó:

Artículo 590. Medidas cautelares en los procesos declarativos. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

(...)

c) **Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio**, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se

¹⁰ ORTIZ ORTIZ, Rafael, "Eidética y aporética de las medidas cautelares innominadas en el Derecho Comparado", Caracas Venezuela: Universidad Central de Venezuela Revista de la Facultad de ciencias jurídicas y políticas No. 103., 1997.

¹¹ *Ibidem*.

hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión¹² (Negrita nuestra).

La lectura anterior es uno de los ejemplos que la legislación colombiana nos brinda respecto del poder cautelar general, y que lleva a evidenciar como esta figura se estructura como una facultad innominativa, es decir que no nomina las cautelas que podrán adoptarse, sino que lo deja, sin ser muy riguroso en el lenguaje, a la discrecionalidad del Juez.

4.1 DE LA INDETERMINACIÓN A LA DISCRECIONALIDAD

La norma en blanco ha sido descrita entre la indeterminación legislativa y la discrecionalidad judicial, entendiendo como indeterminación, según María Pia Calderón, al evento en el cual la regla entendida como silogismo –conducta y consecuencia jurídica- no describe ninguna de sus condiciones para materializarse, dejando al operador judicial toda la labor interpretativa. Este concepto se diferencia de la discrecionalidad, por cuanto la Ley se establece como discrecional cuando sólo uno de sus elementos se define en blanco. No obstante, estos dos conceptos se ejecutan en el desarrollo de las medidas cautelares innominadas, por ejemplo el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 (medidas cautelares en las acciones populares y de grupo) dispone:

Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, **las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. (...) b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado (...)**¹³ (Negrita nuestra).

Resulta inocuo debatir sobre las diferencias entre discrecionalidad e indeterminación, en la medida que si la norma no deja elementos indeterminados (cualquier Estado del proceso, estime pertinentes, prevenir daño inminente, actos necesarios, etc.), no podrá el juez usar poderes discrecionales para ejecutarla.

¹² COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 (12 de Julio, 2012). Diario oficial Bogotá D.C., 2012 N° 48.489. [En línea], [citado el 12 de julio del 2012], artículo 590. [consultado el 2 de noviembre de 2015]. Disponible en: www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.

¹³ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 472 (6 de Agosto, 1998). Diario oficial Bogotá D.C., 1998 N° 43.357. [citado el 5 de agosto de 1998. [En línea], [consultado el 23 de marzo de 2016]. Disponible en: www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.

Razón por la cual se plantea el “principio de elasticidad”¹⁴ como el criterio orientador para poder entender el acto procesal tantas veces mencionado; éste principio hace referencia a la facultad del juez de adecuar el supuesto normativo en blanco, siendo que la situación que se le plantea no puede ser “incluida en los supuestos previstos en las medidas típicas reguladas.”¹⁵

5. JUECES PODEROSOS, ¿TEMEROSOS?

El poder cautelar (frente a las medidas cautelares innominadas) se concibe como subsidiario, es decir, que sólo se le dará aplicación cuando las medidas nominadas no den una respuesta efectiva a la petición expuesta en el libelo demandatorio, no por mandato legal, sino porque los directores de los procesos temen utilizar esta herramienta procesal.

La anterior característica ha tenido una fuerte acogida en las legislaciones, verbigracia la italiana, donde se manifiesta que sólo en aquellos casos que las cautelas anteriores no sean aplicables al caso, se dará aplicación a la medida innominada; en ese sentido es dable afirmar que el poder cautelar es latente, y no manifiesto, no obstante en Colombia el papel que el juez desempeña tiene carácter discrecional ya que el CGP en su artículo 590 expresa “ Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma,...”¹⁶, por lo que en el desarrollo del proceso el juez tiene un compromiso general en la aplicación del mandato legal y la doctrina así lo ratifica:

“es director del proceso, pero además y por sobre todo un juez comprometido, esto es, un juez dinámico, que aplique los poderes inquisitivos y oficiosos que el estatuto Procesal le otorga, pero imparcial frente a los intereses de los contendientes.”¹⁷

No sólo la legislación y la doctrina se encargan de establecer la subsidiariedad para la aplicación de esta institución procesal, los mismos administradores de justicia son quienes así lo ejecutan. Ejemplo de lo anterior lo encontramos en el vecino país de Panamá, donde, aun cuando la medida cautelar innominada puede decretarse, sin

¹⁴SOLÍS, O. L. Las Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil- Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia: Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Enero 2005, p. 54.

¹⁵ Ibíd.

¹⁶ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 (12 de Julio, 2012). Diario oficial Bogotá D.C., 2012 N° 48.489. Art.590 [En línea], [citado el 12 de julio del 2012], [consultado el 2 de noviembre de 2015]. Disponible en: www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.

¹⁷ JIMENEZ MARTINEZ, Juliana. La medida cautelar innominada. Bogota: Leyer, 2015, p.18

que sea necesario descartar las medidas nominadas, sus jueces continúan dictando las medidas tradicionales, mostrando prevención ante la discrecionalidad que les fue otorgada.

Evento que tiene un claro eco en Chile donde, según Lizaso Solís:

Del análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia se desprende que esta facultad no ha sido aprovechada en forma significativa por nuestros jueces, es decir, no se han utilizado en general medidas cautelares distintas a las previstas en las Leyes.¹⁸

El hecho que las medidas cautelares innominadas sean preferentemente subsidiarias para los administradores de justicia, quienes se muestran prevenidos ante la toma de tales cautelas, como lo demuestran al dejarlas de lado o al poner cauciones extremadamente altas, es consecuencia de la afectación que las mismas representan para la parte demandada, quien conociendo o no de la existencia del proceso, será privado de la posibilidad de ejecutar determinada acción, es decir tendrá un límite en sus derechos, llámese propiedad, libertad, entre otros.

Así pues, se ha planteado la posibilidad de la aplicación de medidas cautelares innominadas que resulten menos gravosas para el demandado, es el caso de la medida de inventario; sin embargo, no puede garantizarse que la medida no resultará gravosa al demandado. El conflicto aparece cuando ese detrimento fue acusado de manera injusta, es decir, cuando el derecho invocado por el demandante no logró ser demostrado en juicio, hito en el cual deberá hacerse efectivo, tal vez el único medio de protección del demandado, la caución.

Esta contravención es un elemento ineludible de la medida cautelar, e igual que su predecesora no podrá ser delimitada por la legislación; lo anterior bajo el entendido que no puede el legislador plantear un monto determinado por la ejecución de una caución que el juez eventualmente creará conforme a la situación del caso. En esa medida, la caución configura la única institución procesal que protege los intereses del demandado, quien, aunque podría acudir a figuras como la demanda de reconvencción, un incidente o una demanda posterior por daños y perjuicios, no tiene realmente un mecanismo idóneo (algunas legislaciones establecen el recurso de reposición) que le permita ejercer el derecho de contradicción frente a la declaratoria de la medida cautelar.

¹⁸ SOLÍS, O. L. Op. Cit. p.4

Por consiguiente, consideramos que el operador judicial debe aplicar el test de razonabilidad o proporcionalidad, evaluando la necesidad de la medida, su idoneidad y ponderando la afectación de derechos, desde una perspectiva imparcial, para poder abandonar su temor al uso del poder cautelar general.

5.1 DEL TOPOS COMO ÉTICA EN EL EJERCICIO CAUTELAR

La medida cautelar como institución procesal, de la cual reiteradamente se ha afirmado que se adapta a la situación particular, muestra una configuración tópica, que no está determinada por el ejercicio de unos principios jerarquizados o predeterminados, sino que se erige como un mecanismo cuya configuración dependerá de la capacidad del juez de ponderar, en principio, el derecho de administración a la justicia en contraposición del debido proceso, pero que en el ejercicio casuístico podrá afectar o proteger una serie de derechos tan complejos como importantes, cuyo desconocimiento no es dable en un Estado Social de derecho.

Consecuencia de lo anterior, la medida cautelar no puede ser concebida como estática, sino que debe regirse por el reiterado principio de elasticidad, bajo el cual, está podrá ser sustituida o detenida conforme cambien los fundamentos facticos. Sin embargo, no existe una determinación de reglas que indiquen en que momentos procesales podrá discutirse la medida cautelar ya decretada, evento que reafirma como la ejecución de estas medidas dependerá de la concepción de justicia que tenga el Juez, quien podrá afectar derechos por medio de una “autorización o prohibición de la realización de determinados actos”¹⁹; con el fin de conservar la situación o de detener la infracción de derechos, buscando garantizar la efectividad de la sentencia y detener la vulneración que comporta los actos del demandado.

Con el fin de ejemplificar se hace referencia a un caso en donde el juez procede a decretar que un establecimiento de comercio deje de usar un toldo en la entrada de su negocio, que resultaba igual al de otro establecimiento cercano cuyo objeto mercantil era el mismo, y por el que la clientela podría confundirse al momento de comprar. Es viable afirmar que las medidas tradicionales no podrían haber solventado idóneamente la situación, y que la medida innominada fue estrictamente la necesaria para proteger el derecho, sin que esto configurara prejuizgamiento. Por último, debe afirmarse que “la medida cautelar innominada no puede comportar una ejecución anticipada de la decisión de mérito”²⁰, sino que es un contingente frente a la demora de la sentencia, “de tal manera que las cautelas innominadas exceden

¹⁹ SOLIS, Op cit, p. 27

²⁰ Ibíd, p. 86

el campo del mero aseguramiento de la sentencia para centrarse en la efectividad de la tutela jurisdiccional”²¹.

6. EL DEBIDO PROCESO: SU RELACIÓN CON LAS CAUTELAS INNOMINADAS

Identificados los aspectos históricos, los elementos esenciales de las medidas cautelares nominadas e innominadas y las algunas acepciones doctrinales sobre la materia, es necesario relacionar todo lo anterior, con el principio al debido proceso, que consideramos puede ser el más afectado al momento que se dicten las cautelas innominadas dentro del litigio.

La promulgación de la Constitución Colombiana de 1991 y el reconocimiento del Estado social y democrático de derecho, así como el hecho de haber elevado la Carta a la categoría de norma de normas, trae de suyo que todas las disposiciones legislativas, los actos de las autoridades judiciales y administrativas, los tratados internacionales ratificados por el Estado, etc., deban ser entendidos con apego a la norma fundamental e interpretados conforme a los principios contenidos en la misma.

En este orden de ideas, las medidas cautelares innominadas no pueden ser ajenas a esta constitucionalización de todas las ramas del derecho, y por tanto, las actividades desarrolladas en el marco de las mismas deberán ser guiadas por la Carta Magna; y es así como el referente deberá hallarse en el derecho al debido proceso contemplado en la Constitución Nacional en los siguientes términos:

“Artículo 29. El debido proceso se exigirá en toda manifestación tanto administrativa como judicial.”²²

²¹ *Ibíd*, p. 86

²² COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Nacional de Colombia, 1991, artículo 29. [En línea], [citado el 12 de julio del 2012], artículo 590. [consultado el 2 de noviembre de 2015]. Disponible en: www.procuraduria.gov.co/.../Constitucion_Politica_de_Colombia.

Estableciendo que: Nadie podrá ser juzgado sino conforme a Leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Del artículo transcrito se desprende que el derecho al debido proceso predica que las actuaciones judiciales deben realizarse sin: “dilaciones injustificadas”, sin embargo, como bien sabemos existe un lapso entre la presentación de la demanda y la sentencia, que genera demoras que pueden ser injustas y violatorias al debido proceso, por lo cual el legislador desde el año 1872 consagró en el Código Judicial las “Acciones Accesorias” norma que hoy se mantiene como “Medidas Cautelares” en varios apartados de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, y en especial han evolucionado, como ya se dijo, en las medidas cautelares innominadas (artículo 590 literal c) del citado ordenamiento).

Y es que como hemos sostenido las medidas cautelares son un mecanismo transitorio mediante el cual se pretende garantizar el cumplimiento de un fallo, que por la dilación del proceso, puede ser nugatorio; tesis que la Corte Constitucional ha mantenido en diferentes pronunciamientos, entre los que se destaca la sentencia C-925 de 1999, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual, además de estudiarse la exequibilidad del artículo 327 del C.P.C.²³, se señala que:

Las medidas cautelares son preventivas, recaen sobre bienes y personas para mantener un estado óptimo de los mismos, logrando sentencia efectiva e impidiendo perjuicios durante el tiempo todo el proceso ²⁴

En lo que tiene que ver con las garantías que informan el derecho al debido proceso se destacan el acceso a la justicia, el juez natural, el derecho a la defensa, el derecho a presentar pruebas y controvertirlas, entre otros.

Específicamente en lo que tiene que ver con la importancia que reviste el acceso a la justicia, la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de Justicia indica que esta garantía es aquella mediante la cual: “El Estado garantiza el acceso de todos los asociados

²³ Artículo 327. Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta. Si fueren previas al proceso se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquél o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia.

²⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-925 De 1999, M.P Vladimiro Naranjo Mesa. [En línea], [Septiembre 6 de dos mil cinco], [consultado el 2 de noviembre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-925-05. Estableciendo que: Las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un Estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin.

a la administración de justicia”²⁵, entendiendo como administración de justicia en palabras de la misma Ley como la función pública:

... que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la Ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional²⁶.

De lo expuesto anteriormente se tiene que el acceso a la justicia es uno de los componentes esenciales del debido proceso, y como tal, debe ser garantizado en toda clase de actuación, incluyendo el decreto de las medidas cautelares innominadas, al respecto la Corte Constitucional se ha encargado de desarrollar una serie de garantías y principios que deben gobernar el acto procesal de las cautelas, que serán desarrollados en un capítulo más adelante.

Ahora bien, teniendo claro la función que cumplen las medidas cautelares dentro del litigio y su relación estrecha con el principio al debido proceso, se hace necesario arribar al vínculo que debe existir entre este principio y las cautelas innominadas, ya que como lo señala nuestro artículo 2 Superior, es un fin del Estado, “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”²⁷, que se garantiza mediante varias formas, entre ellas el cumplimiento de las providencia judiciales, incluso aquellas que emanan del Juez decretando una cautela atípica con el fin de atenuar los posibles daños que por la duración del litigio se le causan a quienes acuden a la administración de justicia y verificando la apariencia de buen derecho, que conlleva a cumplir con el fin superior arriba citado.

No obstante lo anterior, teniendo por sentado que decretar medidas cautelares innominadas es una forma de garantizar un fin del Estado, se hace necesario preguntarse ¿De qué manea afectaría la existencia de las medidas cautelares innominadas al debido proceso como derecho constitucional establecido en nuestro ordenamiento jurídico?, por lo que procederemos a continuación a dar un vistazo constitucional al asunto.

²⁵ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 270 (15 de Marzo, 1996). Diario oficial Bogotá D.C., 1996 N° 42.745. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Nacional de Colombia, 1991, artículo 2. [En línea], [citado el 12 de julio del 2012]. [Consultado el 2 de noviembre de 2015]. Disponible en: www.procuraduria.gov.co/.../Constitucion_Politica_de_Colombia.

6.1 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS: MÁS ALLÁ DE LA MATERIALIZACIÓN DE UN DERECHO CIERTO.

La Corte Constitucional en su ejercicio como guardiana de la Carta Magna, reconoce un orden cambiante de la sociedad, expresado en ese texto reconociendo el avance histórico que los pueblos han sufrido en sus ordenamientos, cómo las funciones que ocupan los ciudadanos dentro de una sociedad. El papel del Juez, como parte de ese ordenamiento jurídico, ha sufrido cambios significativos, superando la construcción legal que le determinaba un poder limitado, supeditado a un grupos de asesores o los simples caprichos del emperador del momento; avanzando por una etapa donde se le concibió como un simple funcionario capaz de clasificar supuestos legislativos a un hecho real, siendo tan solo un operador sistemático que cumplía funciones necesarias para poder terminar el objetivo de la Ley, para finalmente arribar a un poder cierto, esto como consecuencia de ideas liberales, que trasladaría más allá la labor del juez en sociedad, convirtiéndolo en un funcionario, no solo operativo, sino interpretativo, con fines de justicia y equidad.

Esta concepción liberal es la que se defiende e incentiva hoy en día en el operador judicial ideal, como se evidencia en el texto de la Carta Política de Colombia del 1991, donde se promulga la necesidad de justicia como función y fin del Estado Social de Derecho; de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es dable concluir que esta corporación protege esta idea liberal, así como las herramientas adoptadas por el legislativo, que configuran al camino para permitir este fin; en relación con el tema de estudio se puede preguntar: ¿La creación de la medida cautelar innominada es una de esas herramientas? Este es el interrogante que se pretende responder en este capítulo, por medio de la orientación de la Corte en el tema cautelar, utilizando una especie de mayéutica, orientada a responder que piensa la Corte acerca de su imposición, de sus fines y consecuencias, de su utilización, bajo el entendido que es la Corte Constitucional la encargada de proteger la esencia de la Carta Política.

6.2 LA MEDIDA CAUTELAR COMO HERRAMIENTA GARANTE DEL NUEVO ORDEN CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional en su sentencia C-379 de 2004 al hacer referencia a las medidas cautelares, reseña: “las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el

proceso”²⁸. El asumir que la interpretación de la ley implica una importante función valorativa, y no se sustenta solamente en el ejecutar conocimiento mediante la técnica, permite reafirmar la concepción que la función del Juez implica también un control de la efectividad del proceso en curso, vigilancia que es posible gracias a la existencia de principios flexibles presentes en el nuevo orden constitucional. Estos principios se concretan legislativamente con la creación de herramientas jurídicas, que intrínsecamente tienen la finalidad de facilitar la realización de la tarea.

Los instrumentos a los que se hace referencia en el párrafo anterior, son creados para cumplir más de un propósito específico en el proceso, por ejemplo las medidas cautelares tienen como designio principal el asegurar que determinado derecho pueda ser efectivo para una de la partes, sujeto procesal que obtenga un resultado positivo en el veredicto del juez, (un fallo verdadero y efectivo). Esta herramienta, permite garantizar la efectividad del proceso, y tomar acciones previas a la conclusión de un fallo, a fin de que una vez reconocido el derecho mediante sentencia, pueda ser disfrutado, gracias a que las medidas adoptadas fueron suficientes para proteger el derecho sustantivo.

Adicionalmente el carácter preventivo supone que la utilización de estas medidas se desarrolle en tiempo adecuado, es decir, que el juez además de justificar la medida cautelar, deberá analizar si el tiempo para practicarla resulta satisfactorio a la hora de proteger el derecho; tiempo, que en la mayoría de las veces supone que el afectado estará en un estado de desconocimiento sobre la medida, ya que dentro de los peligros plausibles aparecen las acciones del demandado que buscan debilitar los efectos de la sentencia expectante, como lo afirma la Corte Constitucional en sentencia su C-925/99²⁹, al analizar la exequibilidad del artículo 327 del Código de Procedimiento Civil, donde las medidas cautelares pueden ser practicadas antes de su notificación.

²⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-379 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra expediente D-4974. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-379-04.htm

²⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-925/99, dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente D-2407. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-925-99.

6.3 LA RAZÓN DE SER DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La Corte Constitucional en su sentencia C-379 de 2004 enuncia cuáles son los fines de fondo que busca el legislador al introducir la medida cautelar al ordenamiento, afirmando:

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.³⁰ .

Concepto que se reitera en la Sentencia C-733/00³¹, donde se indica que la medida contiene unos fines principales y de fondo, los primeros hacen referencia a evitar una sentencia irrisoria ante las conductas nocivas del demandante, y los segundos permiten cumplir fines básicos de la administración de justicia (acceder a la administración, igualdad procesal, eficacia, entre otros).

Como segunda herramienta, aparecen las medidas cautelares innominadas, las que poseen cierta autonomía frente a la percepción que mantiene el juez al momento de ejecutarlas, así como de las partes al solicitarlas, es decir, que están limitadas por el imaginario del operador judicial y el derecho que buscan garantizar. Motivo por el que deben ser ejecutadas con sumo cuidado, ya que logran abrir la puerta al prejuicio, entendido como la afectación a la imparcialidad del juez al tomar una posición previa al debate procesal, afectando el derecho a la defensa del demandado que no se ha condenado. Consecuencia de lo anterior encontramos dos cargas que sujetan el juez, una la facultad de decretar medidas cautelares necesarias para cumplir fines constitucionales propios; otra, prevenir que en su utilización deje de ser una medida cautelar, para transformarse en acciones que afecten el derecho a la defensa, extralimitándose en el uso de su poder, y quitándole seguridad jurídica al proceso.

6.4 LA ZONA ROJA DE LA MEDIDA CAUTELAR

Como se ha podido evidenciar, la medida cautelar presenta un riesgo de extralimitación judicial, que la Corte Constitucional concreta o define en su Sentencia C-379/04, como “el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a

³⁰ *Ibíd.*

³¹ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-733 de 2000. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-2725. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-733-00

afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso”³² Es claro que decretar medidas cautelares puede resultar un ejercicio despótico del poder judicial, es por ello que debe establecerse un medio de control que permita la coexistencia del debido proceso con la medida cautelar; vigilancia, que no puede ser limitada a que las cautelas sean impuesta por una autoridad judicial: el Juez; sino que es labor de aquel resolver, dependiendo el caso, sobre la procedencia y extensión, así como preguntarse por el cumplimiento de los requisitos que le impone la ley.

El riesgo que se describe, se presenta aun cuando el juez decreta una medida contemplada previamente en la ley, razón por la que ampliar el espectro de posibles cautelas, al punto incluso de no definir las previamente, genera un grado de inseguridad jurídica para una de las partes, ante lo cual el juez está encargado de desvirtuar el riesgo mediante una razonabilidad jurídica.

Confirma la anterior afirmación, el hecho que la Corte en gran medida advierte de los posibles conflictos jurídicos al decretar una medida cautelar nomina (escrita de manera expresa en la ley), por lo que aparecen en el imaginario preguntas sobre ¿Cuáles son los riesgos jurídicos o beneficios que se obtienen de una medida cautelar innominada, donde el juez no solo la decreta, sino tiene la potestad de crearla?

6.5 LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA EN CONTRA DEL DERECHO POSITIVO

Siendo el ordenamiento jurídico del Estado Colombiano, una formación eminentemente positivista, estudia la Corte Constitucional en su Sentencia C-835 de 2013 la naturaleza circunstancial de la medida cautelar, formación que no impide, sino que por el contrario exige la imposición de pautas positivas que alejen la arbitrariedad, como se lee:

Aunque las medidas cautelares innominadas no significan arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez técnicamente para obrar consultando la equidad y la razonabilidad, al servicio de la justicia [51], los parámetros para su imposición se encuentran previamente establecidos en la Ley³³

³² *Ibíd.*

³³ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-835 de 2013. M.P Nilson Pinilla Pinilla, expediente D-9626. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-835-13.

Las apreciaciones de la Corte Constitucional en defensa de las medidas cautelares innominadas y la exigencia de un procedimiento típico que impida que al ser decretadas afecten derechos fundamentales, reiteran la existencia significativa de un riesgo al utilizarlas; la imposición de un proceso preestablecido, denota la preocupación del juez Constitucional de permitir que se llegue a juzgar antes del tiempo oportuno, sin tener un completo conocimiento sobre el derecho debatido, es el prejuizamiento el segundo lente que toma la corporación al momento de evaluar la medida cautela innominada, llevando a la conclusión que pueden traer resultados sumamente nocivos en el acceso a la administración de justicia y derecho a la defensa, es decir, la medida puede terminar afectando lo que en principio pretende proteger. A de reconocerse que el juez, como ente humano, es objeto de su falibilidad, lo que potencia la posibilidad de caer en un ejercicio arbitrario, si no se delimitan con claridad las herramientas de que puede hacer uso para cumplir con su labor, es por ello que las medidas cautelares innominadas debe ser decretadas con supremo cuidado.

La medida cautelar innominada que responde a la imposibilidad que existe de exponer casos directos, que resultan de un sinfín de escenarios, a una medida cautelar tipificada por parte del legislador, aparece como herramienta y senda de flexibilización del derecho positivo para los fines implícitos en la norma. No obstante, la medida trasgrede el imperio de la ley, paradójicamente, aunque se justifica en la protección de del acceso a la administración de justicia, entendida como equidad en el ejercicio de la función judicial, tiene el potencial de convertirse en una forma de desconocimiento de este valor y fin estatal. La Corte entiende que el juez no debe estar restringido a la hora de cumplir los fines de la Carta Política, si la aplicación de la medida cautelar innominada le permite desarrollar el derecho positivo de manera integral (Esto incluye la aplicación de la norma en su satisfacción y fines constitucionales, asegurando el resultado procesal que podría darse para uno de las partes que accede a la administración de justicia), es razonable su existencia, como la posibilidad del juez al decretarlas.

En este punto se vuelve la vista al juez, quien como ser racional posee la capacidad de demostración y justificación de su función, mediante ideas y razones, al realizar un proceso mental, lógico, que logre conectar conceptos para obtener una conclusión y valoración sobre el uso mesurado pero eficaz de la medida cautelar innominada. Estas medidas liberan al juez de la restricción que ejerce el derecho positivo y reconoce en él, su obligación de razonar obstruyendo el campo de la arbitrariedad.

6.6 LA CORTE EN BUSCA CRITERIOS A LA AHORA DE DECRETAR UNA MEDIDA CAUTELAR

La Corte Constitucional en su Sentencia C-523/09 nos habla de la racionalidad de la medida y afirma que;

La libertad de configuración no es omnímoda o discrecional y sin controles, pues se somete a los límites establecidos en la carta política, definidos por los principios constitucionales, acorde con los cuales debe obrar acorde con la razonabilidad y proporcionalidad³⁴.

Con el fin de mostrar cuales son los posibles requisitos de toda medida se acude a la sentencia C-379 de 2004³⁵, donde la corte manifiesta que la medida cautelar innominada debe cumplir los lineamientos generales de toda medida cautelar, a saber, la aprecia de buen derecho, la existencia de temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves y que dificulten la reparación para la otra, el riesgo directo que quede ilusoria la ejecución de la sentencia, un medio de prueba que constituya presunción grave del derecho que se reclama (Medio fundamental que permite formar criterio al juez sobre la certeza del derecho en curso).

A su vez la medida cautelar innominada debe cumplir una serie de requisitos que le permitan al juez, como a las partes, saber cuándo se está frente una medida que defienda los objetivos del proceso en su futura sentencia. La seguridad jurídica certeza del derecho, en un proceso donde puede el juez tomar decisiones que considere necesarias, requiere que esos laudos pasen por un control constitucional, a saber una comparación con los principios que la carta consagra, una visión legal, determinando el alcance del precepto normativo, para así determinar el verdadero alcance de la Ley; y un cuestionamiento de proporcionalidad.

La Corte Constitucional, no solo nos habla de los principales criterios obligatorios a los que debe acudir el juez a la hora de decretar una medida cautelar, sino que además hace visible la necesidad de realizar juicios de valor sobre los derechos que se ponen en oposición a la hora de determinar una medida cautelar innominada; es decir, al juez se encuentra en disyuntiva de proteger derechos futuros, sin sacrificar principios constitucionales de la administración de justicia por una errónea interpretación del material presentado.

³⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-523 De 2009. M.P Dra. María Victoria Calle Correa, Expediente D-7612. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-523-09.

³⁵ *Ibíd.*

En ese orden de ideas, las consecuencias de la imposición de medidas cautelares innominadas, afectan tanto a las partes, al legislador, como al juez, quien debe ponderar los supuestos y los posibles resultados de su decreto, sin posibilidad de delegar esta labor, como lo dijo la Corte en su sentencia C- 798 de 2003³⁶ donde declaró la inexequibilidad de delegar funciones, contemplada en la ley 794 de 2003. Esta última obligación, garantiza la protección de derechos en cabeza de quien la Carta Magna determina como administrador de justicia, generando bases sólidas en cuanto al conocimiento de quien es la persona que va a dictar la medida cautelar y las garantías que esto implica en un proceso.

7. ANALOGÍA CON LA VALORACIÓN PROBATORIA; SISTEMA TAXATIVO QUE HIZO TRANSICIÓN A LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

A continuación se trae como ejemplo otros métodos y figuras que flexibilizan el derecho ya que en su momento surtieron un tránsito de la nominatividad estricta a la discrecionalidad del juez, por esta razón hacer esta comparación y un estudio de la valoración probatoria resulta oportuno y sobre todo nos ayuda a comprender las virtudes y contraposiciones en la implementación de las medidas cautelares innominadas, así como su perfeccionamiento o aplicación. A continuación, nos ocuparemos de la valoración de la prueba, su desarrollo y sus beneficios, para comprender el posible rumbo que tomaran las medidas cautelares innominadas dada su transición similar.

La doctrina jurídica procesal construyó herramientas para la interpretación de las pruebas, cuyo fin es facilitar la obligación interpretativa del juzgador en materia probatoria. Los podemos apreciar en tres principales sistemas;

El primero de ellos es de la íntima convicción en el cual es preponderante la certeza moral por parte del juez, siendo inane y poco recurrente una auténtica motivación en su decisión, la ausencia de razones caracteriza la disposición. “es el sistema que consagra la libertad absoluta del juez para formar su convencimiento a través de los diferentes medios de prueba; para, por un juicio, adquirir su certeza de acuerdo con la impresión que un medio de prueba le produzca”³⁷ dicho método cuenta con desventajas notables que ponen en peligro la confianza y fines de un sistema jurídico, ya que el juez no se encuentra obligado a esbozar sus razones de la

³⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 798 2003. M.P Jaime Córdoba Triviño, Expedientes acumulados D-4496 y D-4503. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-798-03.

³⁷ CUELLO IRIARTE; Gustavo. La sana crítica sistema de valoración de la prueba judicial. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana 2007.p. 138.

adquisición de su certeza. Este sistema es loable en la utilización de jurados donde los componentes son jueces de hecho.

Como segundo sistema encontramos tarifa legal el cual recae en el derecho positivo, en este sistema es la ley la que establece concretamente el valor de las pruebas y el juzgador cumple la tarea de ejecutor, el cual aplica lo dispuesto en la norma, el análisis y razonamiento son suplidos por el legislador, “fundamentalmente caracterizada por el hecho de que el legislador le señala a cada medio probatorio el grado de convicción; dice que medio es plena prueba y cual no lo es”³⁸, en la tarifa legal el juez es relegado como operario que realiza tareas mecánicas, no fomenta el sentido de responsabilidad en su deber, la estimación y esfuerzo propio es despojada por el legislador, quien impone el convencimiento.

Si bien es un sistema que tuvo acogida por generar confianza popular en ejercicio de la función pública y en uniformidad de sentencias, es un sistema que apuesta por una verdad formal omitiendo la real.

Como último sistema al cual haremos mayor relevancia es la sana crítica caracterizada por ser una operación intelectual destinada a una correcta apreciación por parte del juez utilizando una la lógica interpretativa y el llamado común sentir de las gentes, aquí el juez utiliza toda su experticia, experiencia y sentido común para darle un valor autentico razonable y fundamentado a cada prueba; además de tener libreta de formarse su propio convencimiento, tiene la obligación de motivar la razones de la misma. “según este sistema el juez es libre de formase su convencimiento, pero tiene que dar razones del cómo y el porqué de su convicción sobre la masa de pruebas o el determinado medio de prueba”³⁹

La sana crítica logro en los sistemas de valoración el punto medio entre la tarifa legal y la íntima convicción, dejando de lado el riesgo arbitrario en la íntima convicción y la mecánica judicial en la tarifa legal; la Corte Constitucional a ha reconocido en su Sentencia C-622 de 1998 las reglas de la sana crítica, la existencia de una categorial de naturaleza intermedia en los siguientes términos:

Ese concepto configura una categoría intermedia entre la tarifa legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva

³⁸ Ibíd., p.156

³⁹ Ibíd. p.183

incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.⁴⁰

En la defensa de la sana crítica la doctrina y la jurisprudencia se fundan en los propios criterios de valoración probatoria de las mismas, hablamos del carácter objetivo y lógico que tienen, porque las reglas valorativas no se fundamentan en el prejuicio del juez, sino en elementos y fundamentos pre armados y motivados que procuran objetividad.

Utilizando como análisis los conceptos realizados por la doctrina en materia de valoración de la prueba la corte constitucional aboga en los mismos términos:

Las reglas de la sana crítica son, lineamientos de un adecuado entendimiento. Se pone en práctica las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia; es por ello que no es arbitraria ni discrecional, ya que está sustentado en las mismas reglas del entendimiento.⁴¹

7.1 EFECTO ESPEJO EN EL DEBIDO PROCESO DE LA VALORACIÓN PROBATORIA Y LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA

En este aparte se hará una comparación necesaria donde el lector podrá determinar las equivalencias o beneficios de un sistema que ya hizo su tránsito a la discrecionalidad del juez como lo es la sana crítica y una actuación como las medidas cautelares innominadas que se encuentran en proceso de implantación en el ordenamiento jurídico procesal.

⁴⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-622 de 1998. M.P Fabio Morón Díaz. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-622-

⁴¹ Enciclopedia jurídica, Sana Crítica, 2014, [Citado el 26 de junio de 2016], Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/sana-critica/sana-critica.htm> [En línea] [consultado el 26 de junio de 2016]. Estableciendo que: Las reglas de la sana crítica son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ella interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión, en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Es claro que las dos figuras se encuentran en campos diferentes, es decir, la sana crítica obedece a un método a la hora de valorar la prueba, y las medidas cautelares son acciones procesales adoptadas con la finalidad de evitar que cambie el estado de las cosas o de asegurar que una sentencia no sea irrisoria. Ambas figuras se desarrollan sobre espectros diferentes, sin embargo, si comparten una realidad precisa (la independencia del juez como sujeto racional en el ejercicio del derecho y para su beneficio). Es a partir de esta realidad donde pretendemos realizar una comparación de ambas figuras.

La comprensión de este método de valoración probatoria (la sana crítica), llevo a la adecuación y práctica del mismo, gracias a los beneficios jurídicos obtenidos, adecuándose a la naturaleza humana y al derecho como ciencia; y es en gran medida un punto de partida para utilizarlo en las diferentes manifestaciones procesales; un uso enfocado en las razones y métodos que los inspiro.

Una aproximación entre la necesidad de ejercicio de la medida cautelar innominada en el ordenamiento jurídico colombiano y la sana crítica ya instituida arrojaría un grado de un valor jurídico equivalente en materia de fin-beneficio en las dos figuras.

Un sistema de valoración como la sana crítica acogido, defendido jurisprudencialmente por encontrarse más acertado y menos lesivo a la necesidad jurídica, debe fungir como patrón a la función predominante que cumple el juez acorde a su naturaleza humana.

Puesto que hay que tener en cuenta quien es el objeto y quien el sujeto en el ejercicio del derecho. La ciencia jurídica tiene el deber de acomodarse a su sujeto, ya que el derecho se ha creado para el hombre y no el hombre para el derecho⁴²

Toda manifestación legislativa persigue fines principales del estado, es por ello que su utilización conlleva a la materialización de objetivos constitucionalmente fijados; la acogida de la sana crítica no difiere de lo anterior, es decir su utilización reviste

⁴² CUELLO IRIARTE, Gustavo. Óp. Cit. p. 39. Estableciendo que: El hombre, que es el modelo de que se vale el derecho para construir su sujeto, la persona, que en la activada probatoria, que es la que nos interesa, toma la denominación de juez, partes abogados y terceros; al introducirse a la ciencia jurídica no se desdobra; no pierde su carácter de tal, conserva sus características propias que orientan y determinan su vida y comportamiento, con el solo aditamento que se le asigna una función previamente determinada: tener derechos y obligaciones. Luego la ciencia jurídica ha de acomodarse a su sujeto, puesto que el derecho se ha hecho para el hombre y no el hombre para el derecho.

fines constitucionales; tomaremos los principales, para compararlos con los fines que hoy recurren a la utilización de las medidas cautelares innominadas.

La renuncia del formalismo jurídico excesivo, sería sin duda alguna un primer objetivo en la utilización de la sana crítica, si bien, es necesario un formalismo en el ejercicio del derecho como utensilio para él un justo uso del mismo, no debe ser excesivo, es tan solo una garantía para dar forma al proceso “el derecho necesita en otras palabras, buscar establecer una línea de demostración clara para la expresión de las intenciones jurídicas. Una cierta formalidad puede servir”⁴³.

Es decir la sana crítica no busca una extinción de formalismo, entiende la necesidad que pose dentro de la estructura del proceso, esta aboga por una justa medida del formalismo y por un sistema de valoración que hostigue a una verdad material, que fomente el derecho como ciencia, haciéndolo objetivo y analítico “el complejo cometido que nosotros designamos como derecho, requiere en todas sus instancias, un ejercicio crítico, y está activa crítica debe ser ejercida por seres humanos y en beneficios de los seres humanos”⁴⁴. El resultado es una verdad judicial, es decir, la que encontramos en sentencia, fundamenta en una verdad material (verdad real o verdad verdadera), respetando las formalidades especiales del legislador.

La renuncia del formalismo jurídico excesivo, se encuentra presente en las medidas cautelares innominadas, ampliando la órbita de decisión del juez al tomar las medidas que considere oportunas, tendientes a hacer efectivo un fallo futuro. La implementación de las medidas cautelares reconoce la capacidad interpretativa del juez, reconoce la limitación del legislador ante el abanico de situaciones a regular, las medidas taxativamente señaladas resultan insuficientes así lo manifestó la Corte Constitucional:

Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio⁴⁵.

⁴³ *Ibíd.*, p. 128

⁴⁴ *Ibíd.*, p.129

⁴⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-835 de 2013. M.P Nilson Pinilla Pinilla, expediente D-9626. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-835-13.

La medida cautelar tasa el formalismo, le otorga el ejercicio analítico, objetivo y crítico propio del juez, produce una revuelta en el tema de medidas cautelares al variar esta institución rígida y taxativa por el legislador.

Otros fines propios compartidos en la sana crítica y las medidas cautelares innominadas es el de la celeridad – eficacia, las cuales prosperan por un proceso ágil, efectivo, garantizando un fallo justo. En la valoración de pruebas, la sana crítica permite contar con un acervo probatorio óptimo a la hora de fallar; le permite al juez constituir su propio convencimiento atreves de la aceptación y valoración de las pruebas imprescindibles para los fines del proceso. La sana crítica es un estamento procesal con el cual, el juez, elabora su argumentación para reconocer los derechos de quienes acuden a la jurisdicción.

Las medidas cautelares innominadas abogan por hacer efectivo un fallo en derecho una vez terminado el proceso, asegurando los derechos de quienes acuden a la jurisdicción; la Corte Constitucional en su Sentencia C-835 de 2013 enunció el objeto principal de la medida cautelar innominada “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.”⁴⁶ Las medidas cautelares implican un proceso judicial eficaz, con ellas se impide que sean proferidos fallos sin ningún efecto práctico; el juez tiene la oportunidad de valorar la medida cautelar necesaria para conseguir fallos efectivos. Aquí también se encuentra consolidado el principio de inmediatez; es decir la urgencia manifiesta de la necesidad de evitar la consumación de un daño que llevaría a la terminación de proceso por falta de objeto y por ende al no reconocimiento del derecho, como lo ha manifestado la doctrina:

En las tutelas cautelares procesales: la urgencia significa inmediatez, es decir, la rapidez necesaria para conjurar el peligro de insatisfacción del derecho de quien solicita la aplicación de la medida”⁴⁷

La búsqueda de la informalidad en materia procesal es otra de las características que comparte ambas figuras, buscan un mismo objetivo, protección del derecho sustancial sobre el formal y la búsqueda de la equidad y la justicia. En cuanto a la protección del derecho sustancial, la doctrina lo encuentra reflejado en la característica de prevención “se traduce en la protección de un derecho sustancial o de un daño que puede sobrevenir sobre el retardo en el incumplimiento eficaz de la justicia”⁴⁸

⁴⁶ Ibíd.

⁴⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Juliana. Óp. Cit. p. 27

⁴⁸ Ibíd., p. 43

La sana crítica y las medidas cautelares innominadas comparte no solo fines constitucionales similares, sino también comparte críticas equivalentes, la afectación debido proceso es la principal detracción que comparte las dos figuras, ante su arbitraria utilización, la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

Sana critica:

La Corte además de defender la sana critica también ha advertido que tal poder comporta un límite, ya que no puede ser ejercido de manera arbitraria, en tanto puede lesionar derechos fundamentales; es por ello que el juez deberá actuar con cautela en su utilización⁴⁹.

En la Sentencia T-973 de 2004 dijo:

(1º) Que en la aplicación del sistema probatorio de libre apreciación no se incurra, (i) ni en exceso ritual manifiesto, (ii) ni en una falta de valoración de las pruebas. (2º) Que en el desarrollo de la sana crítica el juez se sujete a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación.⁵⁰

En cuanto a las medidas cautelares innominadas tanto la legislación como la jurisprudencia consideran las siguientes pautas para su utilización:

Proceso exige que para el decreto de estas medidas cautelares deba probarse (i) la existencia de amenaza o vulneración del derecho alegado; (ii) la llamada “apariencia de buen derecho” (esto es, las razones que permitan entender al juez que quien lo reclama efectivamente es titular del mismo); y, por último, (iii) la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida que está siendo solicitada.⁵¹

Como característica general las medidas cautelares son alterables (mutabilidad), es común que el decreto de las mismas tenga variaciones en cuanto a su existencia y contenido: “las medidas cautelares no son inalterables, son susceptibles de

⁴⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-513 De 2011. M.P Jorge Iván Palacio Palacio. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-513-11.

⁵⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-973 De 2004. M.P Rodrigo Escobar Gil. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co.

⁵¹ Colombia, Senado de la República. Código General Del Proceso. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc

revocaciones, modificaciones o transformaciones, sujeta a las circunstancias que propiciaron el decreto, y su extinción depende del cumplimiento oportuno de las cargas procesales”⁵²

Ante las dos figuras, se crearon criterios de contención ante cualquier decisión arbitraria que puedan incurrir los jueces de la república, criterios que permiten crear unificación en la materia y protección al debido proceso; son ayudas que permiten facilitar la utilización de objetividad, lógica, conocimiento, crítica del juez. Al reconocer el posible riesgo que puede generar la práctica de una medida cautelar o la sana crítica a la hora de valorar la prueba, tanto la jurisprudencia como el legislador ha intentado blindar estas figuras mediante herramientas o criterios.

Para concluir este capítulo concertamos que las dos figuras comparten beneficios sustanciales, y que la jurisprudencia ha encontrado razonable la utilización de estas herramientas jurídicas; ahora bien ante la posibilidad de riesgos arbitrarios en su ejercicio se abre la posibilidad de crear criterios o herramientas para una utilización más efectiva, que facilite su implementación y brinden seguridad al proceso. Con esto no se renuncia a su uso por el riesgo que implica su ejercicio, por el contrario los fines vienen dados por una adecuada utilización y los riesgos por una inadecuada utilización; por ello lo más razonable es blindar su ejercicio con herramientas como la que a continuación planteamos.

8. CONDICIONES PARA LA CONSIDERACIÓN DE LA APLICACIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA (M.C.I).

Con forme a lo anterior ha quedado demostrado que las medidas cautelares innominadas pueden generar una serie de variables jurídicas como por ejemplo la vulneración al debido proceso dado su carácter innominativo y la discrecionalidad del juez o también un amplio espectro que permite un sin número de posibilidades beneficiando el proceso; si bien estas medidas brindan más oportunidades, requieren garantías en sí mismas, es decir, se entiende que se crearon con el fin de ampliar las posibilidades procesales, no obstante, por su carácter mismo requieren de una figura que avale su aplicación sin que esta pierda su carácter innominativo, pero que se ajuste al marco constitucional señalado anteriormente. En consecuencia planteamos una herramienta que contiene en su estructura mecanismos jurídicos tradicionales tales como los principios generales del derecho, el test de razonabilidad y proporcionalidad (como mecanismo para sopesar

⁵² JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Juliana. Op. Cit. p. 43

derechos) y criterios subjetivos pero verificables, cuyo resultado es otorgar una adecuada aplicación de las medidas cautelares innominadas.

8.1 TEST DE RAZONABILIDAD, NECESIDAD DE LA FIGURA JURÍDICA

La implantación del test de razonabilidad y proporcionalidad se encamina en hacer uso de los mecanismos que han venido flexibilizando el derecho positivo, por lo que la utilización del mismo, sobre todo teniendo en cuenta que la valoración racional y la ponderación de derechos es el eje en el cual se fundamentara la argumentación principal de la presente investigación; así pues, es necesario entender, en primera medida el significado del test de razonabilidad para posteriormente encajarlo con los postulados subsiguientes.

Entendemos la ponderación en su esencia más pura como “el valor que tiene algo”, esto significa el ejercicio de estimar, sopesar y valorar, la ponderación tomo gran fuerza en materia constitucional Colombiana como modo de argumentación al sistema jurídico en los años 1992 y 1993, por las ventajas que ofreció ante grandes controversias de colisión de derechos de índole constitucional o sobre materias que requerían un trato especial y sumamente cuidadoso, es por ello que la Corte Constitucional se equipó de herramientas mediante su jurisprudencia, en la cual empezó aplicar la llamada ponderación en los procedimientos con un test de estructura metodológica. En el ejercicio de su función la corte constitucional adopto el test de razonabilidad con influencia europea y norteamericana para valorar las diferencias de trato.

Para resolver de la forma más objetiva y segura los problemas relacionadas con la violación del derecho a la igualdad, la corte constitucional adopto el llamado test de igualdad, que fue llamado test de razonabilidad⁵³

La Corte Constitucional en su sentencia 022 del 23 de enero del 1996 resumió en test en tres simples preguntas que deben ser realizadas y resueltas en los conflictos que se susciten sobre la igualdad y razonabilidad, que para el caso que nos ocupa se ve reflejada en la aplicación de medidas cautelares innominadas para casos concretos por la aplicación que le dé el juez en un sentido razonable y justo, ponderando derechos fundamentales verbigracia debido proceso y acceso a la administración de justicia.

⁵³ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas. Bogotá, Ed doctrina y ley Ltda, 2010. p. 190

El test de razonabilidad como método responde ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?⁵⁴

El CGP permite, además de las medidas cautelares nominadas, la aplicación de las innominadas, por cuanto establecer cuál es la medida pertinente a un caso concreto tiene relevancia ius-fundamental, ya que convergen derechos cuyo ámbito normativo está ligado al texto constitucional y a derechos esenciales por ende a los derechos fundamentales, Criterio de derechos fundamentales esbozado por el profesor Jonh Jairo morales álzate como principales: a) si el derecho es “esencial” de la persona humana y b) si el constituyente lo reconoció expresamente como fundamental, como ocurre con el art. 44 (derechos fundamentales de los niños) Y auxiliares a) los tratados internacionales sobre derechos humanos...”⁵⁵

Es por esto que se requiere para esta diversidad de tratos en la aplicación de las medidas cautelares que el juez tenga un fundamento razonable en disposición de los derechos fundamentales.

La introducción jurisprudencial que realizó la Corte se efectuó de forma indeterminada, ya que aunque existía la figura, su aplicación varía sustancialmente en los pasos, los jueces lo efectuaban según su propia metodología; es por ello que surgió la necesidad de formar pautas a través de la jurisprudencia, que crearan uniformidad; en su momento la sentencia C-093 de 2001 realizó un gran avance en materia de aplicación metodológica, con la subutilización de principios como lo es la idoneidad necesidad y proporcionalidad, realizando un balance jurisprudencial de la figura.

La Corte determinó un procedimiento en tres pasos:

Alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, (iii) análisis de proporcionalidad determinando si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.⁵⁶”

⁵⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-022 del 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-022_1996

⁵⁵ MORALES ÁLZATE, Jonh Jairo. La acción de tutela en Alemania y en Colombia: una comparación. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005 p. 29

⁵⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 093 De 2001. M.P Alejandro Martínez Caballero. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-093-01.

Estos tres pasos fundan en el test de razonabilidad y el principio de proporcionalidad, constituido por tres elementos básicos, la idoneidad representada en fin constitucionalmente perseguido y legítimo; la necesidad como el fin propuesto, sin que exista otro medio posible que implique vulneraciones; la proporcionalidad encaminada a la justificación constitucional existente en la diferencia de trato. Una vez establecido los pasos, surgió la necesidad de instituir una intensidad en el test, donde la influencia norteamericana fue determinante, la Corte acogió los tres criterios de intensidad acordes a la jurisprudencia norteamericana, su implementación se ve contenida en la sentencia C-673 de 2001 así:

El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado, este es el comienzo del análisis de la razonabilidad.

La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad.⁵⁷

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo.⁵⁸

Un test menos intenso es para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia⁵⁹

Los anteriores criterios esbozados son los básicos instituidos jurisprudencialmente, son el punto de partida que la corte adopto para crear uniformidad en la figura, como plan metodológico goza de peldaños que le permiten al juez realizar su convencimiento y facilitan su decisión a la hora de fallar, además de las garantías constitucionales ofrecidas al ser un procedimiento argumentativo donde la motivación es garantía cumplimiento de la carta magna.

⁵⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 673 De 2001. M.P Manuel José Cepeda Espinosa. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: corte constitucional.gov.co/sentencia 673/2001.

⁵⁸ Ibídem

⁵⁹ Ibídem

8.2 TEST DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD; EJE FUNDAMENTAL PARA LA APLICACIÓN DE UNA M.C.I.

En cuanto al poder cautelar del Código General del Proceso, la generalidad o el todo se encuentra en el artículo 590, el cual regla las medidas en los procesos declarativos que tratan por ejemplo las cautelas de los procesos de dominio y derecho reales, los cuales la medida cautelar por excelencia es el embargo, secuestro o la inscripción de la demanda entre otras, sin embargo el literal c) del referido artículo permite al Juez, previa petición de parte, o incluso de manera oficiosa decretar cualquier otra medida cautelar que: “encuentre razonable para la protección del derecho objeto de 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”⁶⁰

Así pues, este literal permite al Juez decretar otra medida cautelar que encuentre razonable, por lo que es necesario hacer un análisis metodológico del juicio de razonabilidad que debe realizar.

La razonabilidad entonces es un juicio intenso de la mente acorde con la realidad, donde permita inferir un juicio de valor y proceder a un eventual fallo o aplicación de la norma, muchas veces es necesario para que un juicio de valor tome certeza, la observación de juicios puramente objetivos, es decir, que dichos juicios sean aplicables al caso concreto acorde con la realidad objetiva del mismo, esto con la elaboración de mapas mentales orientadores, este proceso tendría como fin describir un hecho, para encontrar el margen de razonabilidad objetiva dentro de un sano criterio del Juez; en el ámbito científico se entendería como un test de la hipótesis donde de acuerdo con esta suposición se toma una postura, en el ámbito del derecho el llamado test de razonabilidad o proporcionalidad el cual la Corte Constitucional ha hecho referencia muchas veces⁶¹; en el mapa mental del operador judicial será menester tener claras las partes intrínsecas de la realidad, por cuanto la valoración y posterior efectividad de la protección de lo que conocemos como “*fummusboni iuris y periculum in mora*”, y que por otro lado no permita lesionar en forma abrupta el derecho de la contraparte.

⁶⁰ COLOMBIA. Senado de la República. Op. Cit. p. 44

⁶¹ “El test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza.” COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-835 de 2013. M.P Nilson Pinilla Pinilla, expediente D-9626. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-835-13.

La premisa entonces la postulamos en que la razonabilidad y la posterior aplicación de una medida cautelar innominada deberá ser sujeta a un juicio que pueda ser medido dentro del campo de las posibles probabilidades que subyacen de esta misma aplicación, Es decir, las hipótesis en que en una eventual aplicación de una medida cautelar innominada exista la probabilidad que se transgreda o no un derecho fundamental, o si en la aplicación de la misma, no cabe duda, que cumple cabal su labor protegiendo el derecho de una parte, sin perjudicar a su contraparte, en el entendido de un perjuicio superior sin haber certeza del hecho dañoso o sin haber sido vencido aun constituyendo un prejuizamiento.

La Corte Constitucional ya se ha referido al referido test en sentencia C-673 de 2001, donde esgrimió los pasos que debe tener en cuenta el operador judicial al momento emplear el misionado test y lo resolvió en tres pasos, como primera medida se debe tener en cuenta el fin buscado, en segunda medida el medio empleado y tercera medida la relación de causalidad del medio y el fin.⁶²

Con este precedente sentado por la Corte Constitucional el test de razonabilidad es el método más infalible, el cual no permite desconocer el debido proceso ni una eventual arbitrariedad en la que el juzgador pueda verse inmerso, ya que como bien hemos visto el test otorga unos lineamientos de un amplio campo de aplicación donde las medidas que no tengan un efecto práctico serian evitadas pues no cumplen con la intención ni los objetivos de la M.C.I.

8.3 VALORACIÓN DE LAS REPERCUSIONES DE LAS M.C.I SOBRE EL DEBIDO PROCESO

El Estado social de derecho, como el primero de los principios que fue consagrado en la Carta Magna, direcciona la forma como debe ser organizado el Estado, y por consiguiente cómo debe ser entendido el ordenamiento jurídico del mismo, como un conglomerado legal que se funda en la dignidad del ser humano. Conforme a lo anterior, cabe afirmar que el derecho es interpretado de forma sistemática, como un todo, motivo por el cual al momento de estudiar la naturaleza jurídico-práctica de una figura procesal, ampliamente definida en el presente texto, como lo son las

⁶² COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-673 De 2001. M.P Manuel José Cepeda Espinosa. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-673-01. Estableciendo que: “El test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. El análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas”.

medidas cautelares innominadas, es imperativo confrontarla, si no con todo el ordenamiento jurídico, por lo menos con aquellos preceptos que establecen las garantías fundamentales.

Ahora bien, el debido proceso aparece de forma casi instantánea y evidente como el derecho fundamental más oponible a las M.C.I., que aunque tengan un proceso legalmente establecido, (en términos de quien puede solicitarlas, en que momentos de la actuación y cuáles son las facultades del Juez ante las mismas, verbigracia: dictarlas, suspenderlas, modificarlas, y sobre todo crearlas), no es suficiente, para concluir que se respeta el debido proceso, sobre todo cuando es la misma Carta Política la que instituye en este derecho conjuntamente el principio de legalidad, estableciendo así mismo el mínimo de garantías que limitan el poder del Estado frente a los particulares, cuya identidad particular no desconoce su composición heterogénea (divisible), en una serie de premisas orientadas a la protección, tanto de los sujetos procesales, como de la colectividad.

Uno de los eslabones del debido proceso, como ya se hizo referencia, es el derecho de defensa, el cual se manifiesta mediante actos de contradicción que ejercen una de las partes frente a las pruebas, hechos y argumentos de derecho de la otra; para que se haga efectivo deben estar presentes los principios procesales de preclusión, legalidad y publicidad, de forma tal que existan unas etapas determinadas para ejercer una u otra actitud procesal acordes a los realizados por la contraparte, es decir, que el elemento cognitivo es indispensable para su ejercicio.

La publicidad y los actos de contradicción son los elementos que no logran configurarse ante una medida cautelar innominada que puede ser dictada antes de la notificación del demandado, es decir incluso sin que se haya formado la relación jurídico procesal; el quid del problema aumenta cuando la medida que es dictada no está previamente establecida en la ley, resultando completamente imprevisible para quien va a ser afectado por la misma.

Como se hizo referencia en capítulos anteriores, la imprevisibilidad de las M.C.I. está teleológicamente establecida para garantizar el derecho a la administración de justicia, que entra en tensión con el debido proceso, evento en el que no puede afirmarse que exista una prevalencia de un derecho sobre el otro, por el contrario, ambos comportan igual protección por parte del Estado y es en este instante donde la ponderación del test de razonabilidad cobra más fuerza; aun así, queda claro que para lograr su coexistencia puede hablarse de una prevalencia de un derecho, en oposición a la limitación de otro, como resultado del análisis de la relación en la aplicación de la M.C.I. y el beneficio de las partes o afectación o daño de los sujetos procesales.

En el caso de las M.C.I. el debido proceso resulta limitado en su manifestación del derecho a la defensa y contradicción, por consiguiente se afectara el derecho a la administración de justicia de alguno de los extremos procesales; afirmar lo contrario sería desconocer el desarrollo de las mismas, y es esta característica la que impide al juzgador aceptar su ejecución en el desarrollo de un proceso.

Por consiguiente proponer el uso de la proporcionalidad, donde se hagan presentes la modulación o cuantificación de los daños, ante un juicio de valor comprobable, obteniendo una composición lógico-sistemática de las preguntas que debe responder el Juez al momento de dictar una M.C.I., permite, en términos de la Corte Constitucional, lograr argumentar la limitación ocasionada en favor, no sólo de quien solicita la medida, sino de quien es objeto de ella, al obtener una situación menos gravosa de sus derechos; es decir, colocarla de forma que sea la menor restricción posible, pero que aun en su nimiedad garantice la efectividad del proceso. Como consecuencia de lo anterior y orientados por el test de razonabilidad, con la estructura propuesta, se formula esta herramienta la cual las facultades que obtiene el operador judicial ante la existencia de una medida cautelar innominada, sin restarle efectividad, permitiendo que se configuren medidas innominadas, posiblemente, menos gravosas que las medidas taxativas contempladas en el código, o por lo menos equiparables con las mismas.

El test propuesto debe ser altamente riguroso, determinando la idoneidad de la medida y la necesidad para garantizar el derecho en litigio, y no debiera ser desconocido por el Juzgador, quien aunque sólo está obligado a cumplir la ley (artículo 230 Superior), en virtud de su labor como protector de derechos, puede hacer uso de fórmulas teórico prácticas, como la aquí desarrollada, para garantizar la imparcialidad en su ejercicio interpretativo y de creación de fenómenos jurídicos concretos.

8.4. MODUS PONENDO PONENS

La propuesta de valor en la cual gira la presente tesis se fundamenta en proponer una herramienta jurídico-procesal que brinde mayores garantías en la utilización de las M.C.I., dadas las razones anteriormente expuestas y teniendo especial cuidado en no desdibujar su carácter innominativo, se apeló a la lógica argumentativa buscando introducir un criterio razonable que aun siendo subjetivo requiera de pensamiento lógico, claro y verificable a partir de premisas, hipótesis y conclusiones.

Esta propuesta busca articular la lógica jurídica con mecanismos como el test de razonabilidad y los principios del derecho a fin de establecer variables y

conclusiones que evidencien la aplicación de las M.C.I., a continuación se hace mención a la necesidad de acudir al Modus Ponens como presupuesto científico de procedibilidad.

Acudiendo a las reglas de la lógica proposicional, en el entendiendo que se puede plantear un argumento válido partiendo de un razonamiento lógico, se propone la posibilidad como veremos más adelante que el decreto de una medida cautelar innominada no se genere de una arbitrariedad general que pueda involucrar o perjudicar el derecho al debido proceso como se esgrimió anteriormente, sino que permita un amplio espectro de aplicación propia de la naturaleza de la medida cautelar innominada, protegiendo y brindando lineamientos que permitan su efectividad.

El Modus Ponendo Ponens o Modus Ponens (M.P), cuyo significado es modo en que se afirma algo que ya está afirmado, es una forma de argumentación propia de la lógica que valida una determinada afirmación o inferencia, donde se establece que si P (afirmación, inferencia o proposición), entonces Q (validación) es decir, si P se tiene como premisa, Q es la implicación de dicha inferencia, P se tiene como afirmación o argumento precedente y se entiende que este no está en error por lo que crea una confianza o antecedente que permite inferir que lo consecuente es decir Q, no es un error.

También en una forma paralela de argumentación lógica apelamos al modus Tollens el cual actúa en la forma inversa al modus ponens, toda vez que en este la confirmación del argumento principal o antecedente , niega el secundario o consecuente.

En la aplicación de la medida cautelar innominada P sería la inferencia del juez de posibilidad de una situación más o menos gravosa para quien la sufre, si la probabilidad de que P sea una afirmación de un beneficio para las partes o para el proceso entonces, Q sería la posibilidad de aplicación teniendo en cuenta que se confirma lo afirmado, o viceversa si se tiene en cuenta el modus tollens donde la confirmación del argumento principal P es decir la posibilidad de un hecho más gravoso para las partes o el proceso, niega Q, el consecuente, es decir niega la posibilidad de su aplicación.

Ejemplo:

Un grupo de indígenas interpone una acción de tutela en contra del Estado Colombiano puesto que se está construyendo una carretera por las inmediaciones de sus territorios sagrados, el juez mediante un estudio sistemático y un

pensamiento lógico puede decretar como medida cautelar innominada que se detengan las obras hasta que no se dirima el conflicto, o se surtan los tramites de la consulta previa, proceso que se puede prolongar en el tiempo hasta cuando ya no haya nada que hacer, o se hayan vulnerado derechos de los intervinientes, la aplicación de esta medida cautelar sería más beneficiosa para las partes puesto que por un lado no se sigue el deterioro de territorios presuntamente sagrados de los indígenas, protegiendo por lo menos de manera transitoria sus derechos y para la otra parte evitando conflictos posteriores, indemnizaciones etc.

P= la aplicación de una medida cautelar innominada que beneficia agiliza y cumple con principios de celeridad, economía procesal, entre otros, y que de decretase por parte del juez seria de mayor beneficio tanto para las partes como para el proceso.

Por lo tanto:

Q= confirmación de la aplicación.

Brinda un beneficio o es menos dañosa, se puede aplicar una M.C.I.

P= Brindó beneficio,

Por lo tanto se aplica la M.C.I.

8.5. DIRECTRICES APLICABLES: EN BÚSQUEDA DE LA PROTECCIÓN AL DEBIDO PROCESO Y HACER EFECTIVA LA M.C.I.

PRIMERO: Tener un lineamiento o protocolo el cual evite violación al debido proceso es clave, ya que como vimos en el capítulo anterior con el análisis jurisprudencial se percató que este tipo de medidas pueden considerarse arbitrarias, dichos lineamientos deberán ser claros, de manera que pueda delimitar el margen de error y aún más, evaluarse la probabilidad de daño causado a cada parte, es decir, la posibilidad hacer una estimación cuantitativa de la aplicación de esta M.C.I (medida cautelar innominada).

Hecha una posible estimación se procede a realizar una modulación en la que se pretende plantear la relación acción- daño y acción-beneficio de cada una de las partes con el fin de identificar si esta estimación es de utilidad, esta valoración permite actuar dentro del campo dinámico de la M.C.I., Sin necesidad de incurrir en extremos susceptibles de una posible acción indemnizatoria posterior por fallas en la prestación del servicio de administración de justicia y que en virtud del principio de economía procesal sería fatal para los intereses del Estado social de derecho.

SEGUNDO: El operador judicial en su mapa mental, debe plantear hipótesis destructivas, es decir que el juez tiene la obligación de plantearse posibles

resultados teóricos negativos de las consecuencias de la aplicación de dicha medida con el fin de validarla o descartarla.

En términos generales es un modelo estándar (que a nuestro juicio no son más que darle efectivo cumplimiento a los principios del derecho en cada materia, en especial el del debido proceso), que aunque da un gran campo de aplicación en el entendido que no se podrá codificar cada uno de los casos concretos que se presentan ante al aparato jurisdiccional, este espectro de aplicación seguirá su propio modelo y deberá superar el test de razonabilidad teórico-empírico que a la postre demostraría su utilidad, si en teoría resultara inútil el operador judicial debería descartar la aplicación de la M.C.I. así entonces es necesario demostrar que los juicios de valor (A) para la aplicación son empíricamente comprobables (B) utilizando los métodos deductivos y reales de la aplicación por medio de los jueces.

Figura 1. Juicio de valor



Fuente: autores

Esto es; sí (A), entonces (B) = viabilidad de la aplicación en al plano real como lo plantea el Modus Ponens.

Veamos, en el caso de una famosa actriz, citado antes, que es dibujada en la pared de un bar sin su autorización, ella se siente ofendida por la parodia del artista, para el caso es probable que se le vulneren algunos derechos, tales como: la dignidad, la honra o el buen nombre, ocasionándole un perjuicio estimable; teniendo en cuenta que una posible demanda podría efectuarse dentro de un periodo prolongado de tiempo y donde el derecho seguiría siendo vulnerado es necesario optar por una medida cautelar como herramienta para proteger sus derechos.

Por otro lado encontramos al dueño del bar donde se exhibe la obra, quien vive del fruto de su trabajo en este establecimiento, siendo este su único medio de subsistencia, si el Juez como medida cautelar mientras se decide el litigio ordena que se cierre el establecimiento comercial, como medida provisional, el daño causado al demandado será enorme, toda vez que este su medio de subsistencia, y se vulnerarían otros derechos como el derecho al trabajo o a la libre expresión, pero por otro lado si no lo hace, se viola el derecho de la demandante, ahora bien,

en este caso se puede calificar, incluso cuantificar los posibles daños a cada una de las partes (daño cuantificable en tiempo, dinero o perjuicios morales o de otra índole etc.), el resultado de estas operaciones sería el del juicio de valor que debe realizar el juzgador para la aplicación de una M.C.I. que se encuentre en el justo medio, el protocolo entonces es sencillo:

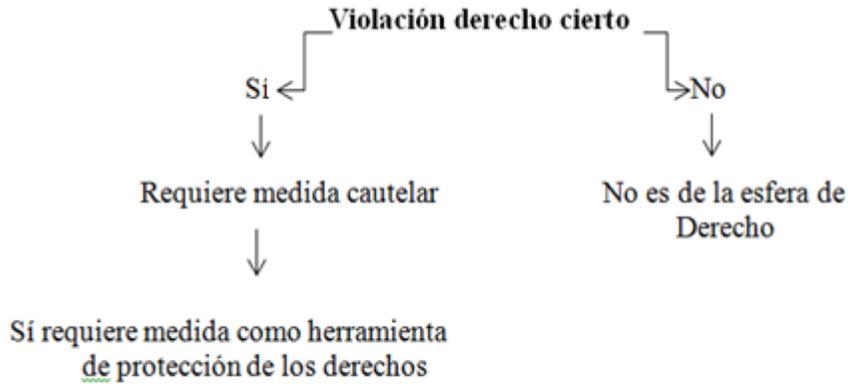
- A) Se viola un derecho cierto, ¿sí?, ¿no?, ¿por qué? (ver esquema 2.);
- B) la ponderación⁶³ de derechos en relación con el daño causado siendo mayor o menor en cada caso concreto (ver esquema 3) y,
- C) puede haber un justo medio o equilibrio jurídico fuera de perjuicios que equipare el perjuicio de parte y parte, sí o no (ver esquema 4).

Lo que encontramos a lo largo de la investigación es que el justo medio puede ser cuantificable y sería el parámetro del test de razonabilidad o proporcionalidad así como la ponderación de derechos.

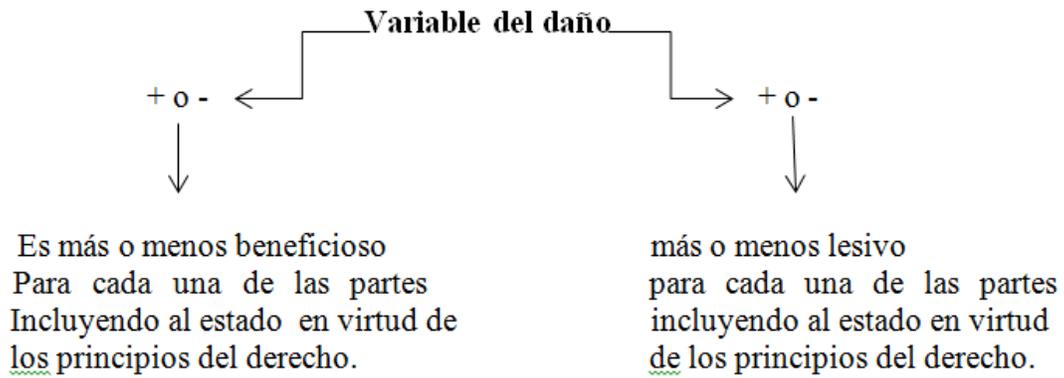
En el ejemplo antes mencionado se aplicaría de la siguiente manera: A) ¿Se viola un derecho cierto? Sí, porque la artista se ve afectada o vulnerada en sus derechos; B) Sí se ponderan los derechos vulnerados de la demandante en relación con el daño que sufriría el demandado con el cierre del bar, teniendo en cuenta por ejemplo su derecho al trabajo, al igual que a tener una vida digna, los cuales se vería afectados en el transcurso de un litigio el cual sería: ¿más o menos dañoso para él?, y en ¿qué se vería afectada la parte demandante con el cierre de este? por el contrario, el NO cierre del establecimiento permitiría al demandado continuar con sus labores, y optando por una medida que permita parcialmente mientras se resuelve el litigio, proteger los derechos de la parte actora dado que no es posible desconocerlos y C) en este momento, previos requisitos se tendría que acudir a la razonabilidad y ponderación de derechos donde teniendo en cuenta las variables del daño, se proceda a la aplicación de la M.C.I., como sería, ordenar cubrir la obra de arte hasta tanto no se resuelva el litigio, vemos como la aplicación de una M.C.I., para este caso es menos lesiva para las partes y más eficaz, sin desconocer los derechos de ninguna de las partes, la cual se encontraría en el justo medio y por consiguiente es más viable y acorde con los principios del derecho.

Figura 2. Violación derecho cierto

⁶³ Los elementos necesarios de la ponderación que según Robert Alexi son: la Ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

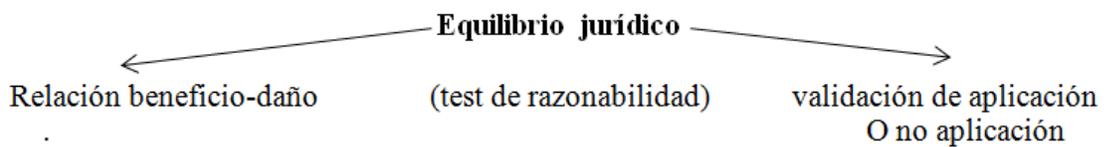


Fuente: autores
 Figura 3. Variable del daño



Fuente: autores

Figura 4. Equilibrio jurídico



Fuente: autores

TERCERO: Sin incurrir en prejuicios derivados de subjetividades el juzgador debe adoptar un análisis en el que el punto de vista principal sea la relación de la aplicación de la M.C.I. y el daño a el sujeto X y al sujeto Y (como posibles partes dentro del proceso) y a continuación la relación de la aplicación de la M.C.I. y el beneficio del sujeto X y del sujeto Y, si en cuanto al daño acaecido a alguna de las partes con la aplicación de una M.C.I. excede de una manera significativa el derecho de la otra y viceversa, se puede considerar violatorio en virtud de lo expuesto por la Corte con el test de razonabilidad y proporcionalidad arriba expuesto, en cuanto a la relación de la aplicación de la M.C.I. y el beneficio, sí este supera el daño que obtendrían las partes con la aplicación de esta medida con respecto de la razonabilidad y la ponderación de derechos entonces es viable su aplicación.

El Juez actuando conforme a los principios procesales como la celeridad y la economía procesal valorara también la posibilidad de la aplicación de la M.C.I. teniendo en cuenta que el beneficio para las partes será más provechoso que sí se optará por su no aplicación, aún más cuando se trate de dar seguridad en el marco de un litigio así como la eficiencia y optimización del derecho en la medida que se pueda efectuar, aplicar y corroborar la realización de la M.C.I.

La aplicación de la M.C.I. surgiría entonces de la ecuación donde: (Pd) principios del derecho procesal se estiman como parte general, más, el (Bp) beneficio de las partes (partes en el litigio), dándole una connotación mayor al test de razonabilidad (Tr) que deberá aplicar el juez con su sano criterio, sea igual o mayor que el posible daño de las partes (Dp) derivado de la no aplicación.

$$\mathbf{Pd + Bp * (Tr) \geq Dp = M.C.I.}$$

Con esto queremos poner de presente la importancia del juicio de valor y los elementos que atan al Juez para evitar la arbitrariedad y la posible violación al debido proceso, dejando aún un campo de acción muy amplio donde el juez podrá actuar y efectivamente aplicar las M.C.I.

Sí aplicamos esta hipotética ecuación al caso anterior, la aplicación de la M.C.I. sería viable en el entendido que se tengan de presente los principios generales del derecho tales como la celeridad y economía procesal etc., más, el beneficio que por parte de la demandante (actriz), se concederá una M.C.I. para que se evite la violación de sus derechos en el transcurso del proceso, dando seguridad a la protección de los mismos, por su parte el beneficio del demandado (propietario del bar) protegiendo así mismo sus derechos y evitándole un perjuicio mayor teniendo

en cuenta que del fruto de su trabajo en dicho bar depende su subsistencia, y a esto solo se llegara mediante la ponderación equitativa de derechos a partir del test de razonabilidad, teniendo en cuenta que para el caso es viable aplicar otra medida cautelar como por ejemplo la imposición de sellos, va a ser en virtud de esta herramienta que sea factible mediante el juicio de valor y un discernimiento teórico prever que su aplicación sería más dañosa para el demandado que para la demandante, más aun si ponderamos los derechos que en este caso se relacionan con el derecho al trabajo, y como la subsistencia depende de su trabajo se ve perjudicado el derecho a la vida digna, en ese orden de ideas el daño se hace más gravoso con respecto a la ponderación de derechos por ende es factible y viable la aplicación de la M.C.I.

9. PREJUICIOS, EXPECTATIVAS Y CREENCIAS DE OPERADORES DEL DERECHO

Por medio de un trabajo de campo, la forma como algunos jueces y abogados de nuestra ciudad (Bogotá) están apreciando las medidas cautelares innominadas, entendiéndose las mismas como una figura procesal que recientemente se consagraron dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien es cierto, al ser una medida relativamente nueva y al no estar vigente aún en algunos lugares de nuestro país, nos permitimos elaborar una serie de preguntas hipotéticas con el objetivo de observar cómo sería la posible aplicación por parte de los juzgadores en dichas situaciones.

Una de las principales conclusiones a la que pudimos llegar es que los jueces están de acuerdo con la aplicación de las medidas cautelares innominadas, es decir, que no lo sienten como un elemento exógeno al procedimiento que se consagra en la nueva legislación; de esta forma cuando se les planteó un caso ficticio, sobre un tema para el que no existe en nuestro ordenamiento una medida cautelar específica, a la pregunta que versaba sobre si decretarían o no una medida cautelar innominada, la respuesta en la mayoría de los casos fue afirmativa (ver gráficos).

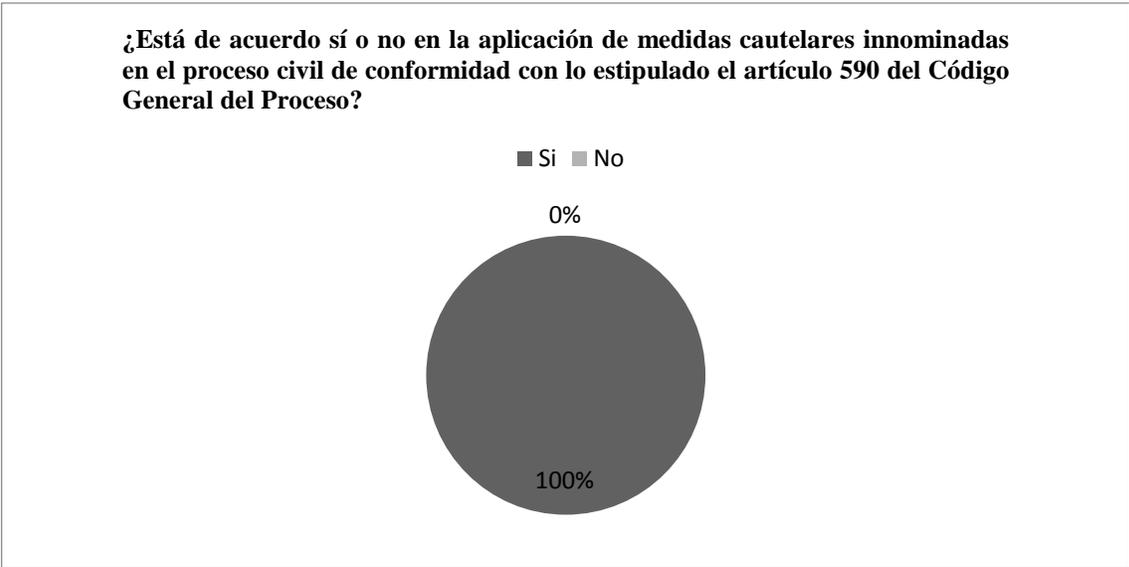
Además, nos llamó poderosamente la atención y deseamos compartir con el lector, que al momento de realizar las encuestas, luego de algo más de un dos años y medio de la entrada en vigencia del artículo 590 del Código General del Proceso, mediante el cual, se regla la forma de solicitar, decretar, práctica, modificar, sustituir o revocar las medida cautelares en los procesos declarativos, la mayoría de los jueces manifestaban algún grado de conocimiento respecto del tema, pero curiosamente, algunos abogados, quienes tienen el deber de solicitar las medidas innominadas, dudaban o debían consultar sus códigos para poder así sentar su posición sobre la materia.

Las encuestas de cinco (5) preguntas con respuesta de Si o No, fueron realizadas a un grupo de 40 personas entre abogados litigantes, profesores universitarios y Jueces de nuestra ciudad (Bogotá).

A continuación mostramos algunas de las preguntas realizadas y su respectiva tabulación:

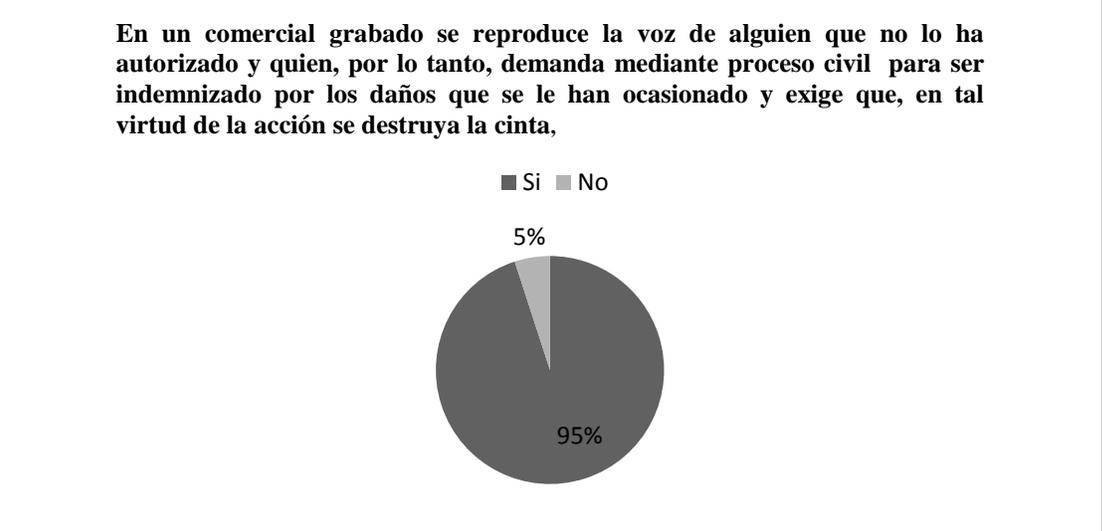
Encuesta jueces:

Figura 5. Encuesta jueces respuesta pregunta 1.



Fuente: autores

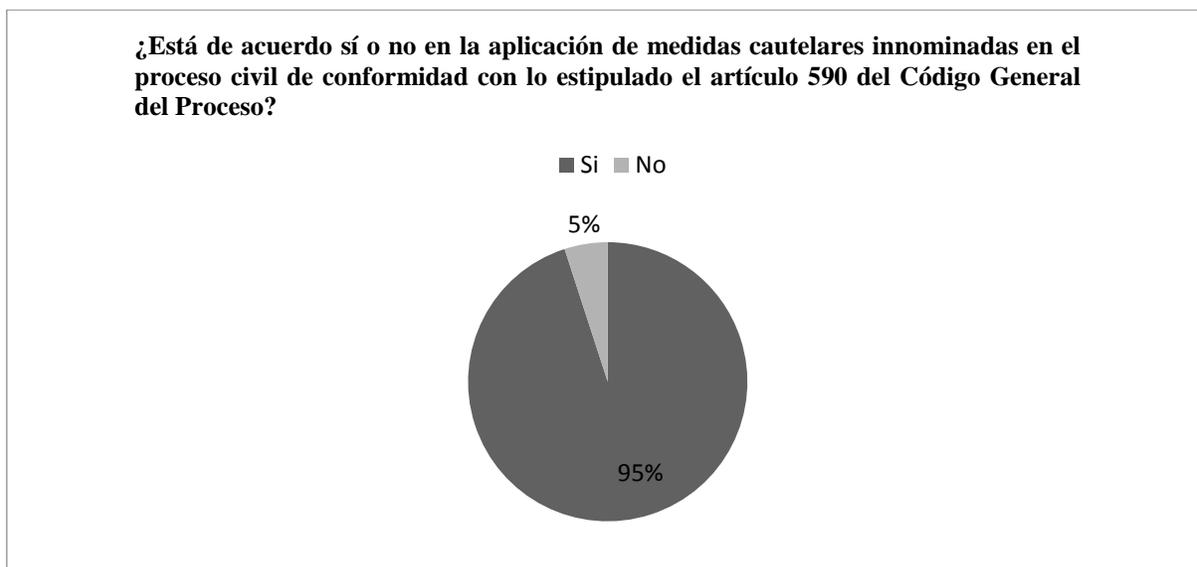
Figura 6. Encuesta jueces respuesta pregunta 2.



Fuente: autores

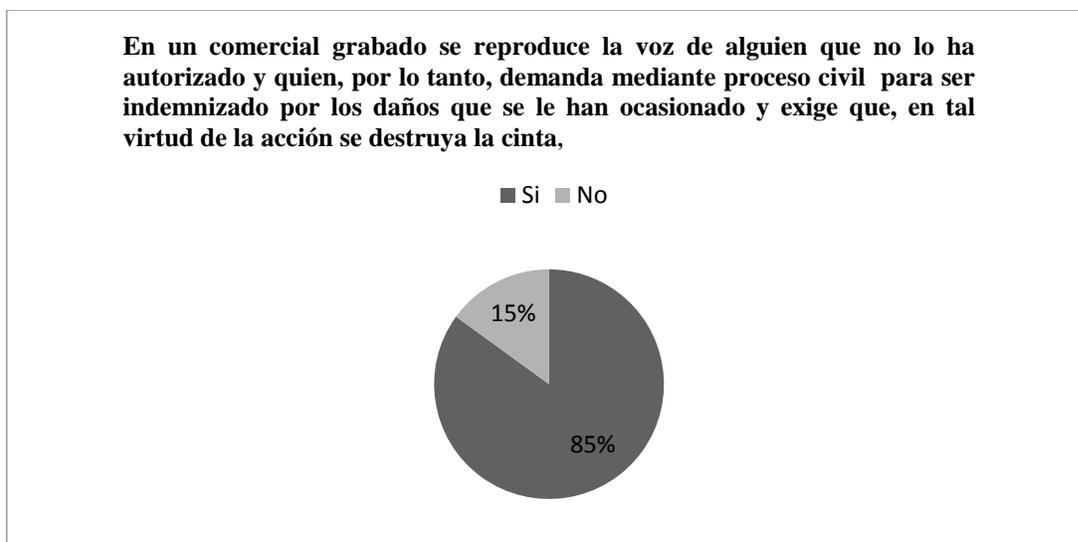
Encuesta abogados:

Figura 7. Encuesta abogados pregunta 1



Fuente: autores

Figura 8. Encuesta abogados pregunta 2



Fuente: autores

10. CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES

A continuación se hace una sinopsis de los apartes jurisprudenciales de mayor relevancia y que más se ajustan a los temas investigados, que por su parte ayudaran a dar una mirada general de los mismos, a fin de proveer al lector un soporte jurídico, amplio y sustentado en dichas providencias, cuyo contenido es el más acorde e importante de acuerdo a cada derecho invocado durante la investigación, con esto se busca que de manera más didáctica y precisa el lector interactúe entre los derechos puestos de presente y los planteamientos de la corte constitucional.

Así pues, cada derecho invocado en este cuadro ha tenido un desarrollo jurisprudencial que consideramos importante traerlo a colación, ya que aporta por sí mismo una mirada constitucional en el marco de su desarrollo.

| SENTENCIA | DERECHO INVOCADO | CONCEPTO ADOPTADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL |
|----------------------|---|--|
| C-022 de 1996 | Derecho a la igualdad y su ponderación | En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. |
| | | “esa potestad de configuración legislativa no es absoluta: encuentra su límite en los principios constitucionales que la ilustran y en la integridad de los derechos fundamentales cuyo núcleo esencial tiene el deber de garantizar y salvaguardar. Por eso, para conservar su legitimidad, las normas procedimentales que se expidan deben estar cimentadas en criterios de |

| | | |
|-----------------------------|---|--|
| <p>C-925 DE 1999</p> | <p>Razonabilidad y proporcionalidad para evitar violar el derecho a la igualdad procesal</p> | <p>proporcionalidad y razonabilidad, pues sólo la coherencia y equilibrio del engranaje procesal permite la efectiva aplicación del concepto de justicia y, por contera, hace posible el amparo de los intereses en conflicto.”</p> <p>“esa potestad de configuración legislativa no es absoluta: encuentra su límite en los principios constitucionales que la ilustran y en la integridad de los derechos fundamentales cuyo núcleo esencial tiene el deber de garantizar y salvaguardar. Por eso, para conservar su legitimidad, las normas procedimentales que se expidan deben estar cimentadas en criterios de proporcionalidad y razonabilidad, pues sólo la coherencia y equilibrio del engranaje procesal permite la efectiva aplicación del concepto de justicia y, por contera, hace posible el amparo de los intereses en conflicto.”</p> <p>“ Sobre el particular, cabe señalar que las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin.”</p> <p>“Si las medidas cautelares están destinadas a salvaguardar los derechos subjetivos en disputa y, principalmente, a garantizar la efectividad y eficacia de la administración de justicia, es imprescindible que las mismas se decreten y practiquen antes de que el titular de los derechos cautelados tenga conocimiento de ellas. Admitir lo contrario, esto es, que su</p> |
|-----------------------------|---|--|

| | | |
|-----------------------------|---|--|
| | | <p>ejecución sea posterior a la notificación del auto que las ordena, haría inoperante dicha figura en cuanto le daría al demandado la oportunidad de eludirla, impidiéndole al juez cumplir eficazmente su objetivo de proteger el derecho amenazado o violado. La Corte encuentra que el artículo 327 del C.P.C., tal como fue modificado por el numeral 153 del artículo 1° del Decreto 2282 de 1989, se ajusta al texto de la Carta Política, razón por la cual procederá a declarar su exequibilidad.”</p> |
| <p>C-733 de 2000</p> | <p>Derecho De Defensa / Debido Proceso</p> | <p>El secuestro de un bien, no apareja la extinción de los derechos que sobre aquél tienen las personas, las cuales pueden mediante abogado intervenir en el proceso con el objeto de reclamar el reconocimiento de sus derechos. La alternativa que una concepción absoluta del derecho de defensa plantea es inaceptable, puesto que la notificación previa de la medida cautelar o la suspensión del incidente hasta que se designe abogado por parte de la persona que a ella asiste, conspira contra la conservación del statu quo y la futura efectividad de la sentencia. Por consiguiente, resulta plausible y menos oneroso para la justicia, las personas y las partes, que se permita al juez asegurar los bienes y remitir al proceso la discusión sobre los derechos ciertos que sobre éstos se aleguen por los interesados. Por el contrario, una tesis absolutista no permite que la justicia pueda tomar medidas para garantizar su propia efectividad y, en cambio, si propicia que los particulares se anticipen a restarle peso y sentido a sus decisiones y a la justa garantía de los derechos.</p> |
| | | <p>Justamente, en razón de la naturaleza preventiva y provisional de las medidas cautelares, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 327 del C. de P.C.,</p> |

| | | |
|---------------------------------|--|---|
| <p>C-733 de 2000</p> | <p>Derecho De Defensa\ Debido Proceso</p> | <p>que ordena dar cumplimiento a las medidas cautelares, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta. La Corte advierte en la sentencia: “Admitir lo contrario, esto es, que su ejecución sea posterior a la notificación del auto que las ordena, haría inoperante dicha figura en cuanto le daría al demandado la oportunidad de eludirla, impidiéndole al juez cumplir eficazmente su objetivo de proteger el derecho amenazado o violado.”</p> <p>La pretensión del demandante exigiría que el auto que decreta el secuestro se notificase previamente a los eventuales opositores, de modo que éstos pudieren designar un abogado que los represente. Sin embargo, no se puede establecer, antes de la diligencia, quiénes van a obrar en ella como tenedores, opositores o demás sujetos presentes en el acto. De otro lado, la notificación, en cualquiera de sus formas, por las razones expuestas por la Corte en las sentencias citadas, frustraría la legítima finalidad preventiva de las medidas cautelares. Si su ejecución se verifica sin la previa notificación a la parte contraria, no milita ningún motivo válido para hacerla respecto a otras personas, además de que ello también pondría en peligro el efecto buscado con la práctica de las medidas cautelares.</p> |
| <p>C-490 de 2000</p> | <p>Administración de justicia</p> | <p>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.</p> |
| | | <p>El interviniente destaca que esas medidas cautelares no han sido reguladas caprichosamente, pues los ordenamientos han</p> |

| | | |
|--|---|---|
| | <p style="text-align: center;">Intervención del ciudadano miguel Enrique rojas</p> | <p>acudido a dos criterios para definir si hay o no lugar a su práctica: "1) la verosimilitud del derecho invocado o apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) y 2) el riesgo por la demora del trámite (periculum in mora)". Y con base en ellos "puede inferirse qué tan conveniente es la práctica de medidas cautelares en cada tipo de pleitos." Así, la verosimilitud hace referencia al "grado de probabilidad de que la sentencia llegue a ser favorable al interesado en la medida cautelar o adversa al afectado con ella", de suerte que la conveniencia de la medida depende de "su utilidad, la que de ordinario se mide anticipadamente por el resultado probable del proceso, pues si quien la soporta llegare a resultar triunfante en el debate, la medida será perjudicial en lugar de útil." Y el riesgo "hace referencia al daño que puede derivarse de la tardanza en la realización del trámite procesal y en el proferimiento de la sentencia", de suerte que la medida cautelar es "más conveniente y útil cuando mayor sea el perjuicio que pueda producirse y el riesgo de que dicho perjuicio se presenta; y a la inversa, si el riesgo de que se produzca un perjuicio por la duración del trámite es mínimo, y de llegar a presentarse el daño sería insignificante, menor será la conveniencia de practicar la medida cautelar."</p> <p>Se tiene, entonces, que si el derecho de acceso a la administración de justicia no se contrae a la formulación de pretensiones y a su respuesta por el órgano jurisdiccional, sino que va hasta la garantía racional de efectividad material de la decisión, el ordenamiento tiene la responsabilidad de arbitrar adecuadamente los mecanismos para lograrlo.</p> |
| | | <p>la Carta busca asegurar un acceso efectivo e igual a todas las personas a la justicia (CP art. 229), y es obvio que ese acceso no debe ser</p> |

| | | |
|-----------------------------|--|--|
| <p>C-490 de 2000</p> | <p>Derecho a la administración de justicia / Tutela jurisdiccional efectiva</p> | <p>puramente formal. Las personas tienen entonces derecho a que el ordenamiento establezca mecanismos para asegurar la efectividad de las decisiones judiciales que les son favorables. La tutela cautelar constituye entonces una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia [2], no sólo porque garantiza la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuye a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que asegura que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces.</p> <p>5- Conforme a lo anterior, 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 (CP arts 13, 228 y 229). Sin embargo, 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. Por ende, el actor tiene razón en que 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. Existe pues una tensión entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares, que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales, y el hecho de que esos mecanismos</p> |
|-----------------------------|--|--|

| | | |
|---------------------------------------|-------------------------------------|---|
| | | <p>pueden llegar a afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso. Precisamente por esa tensión es que, como bien lo señala uno de los intervinientes, la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medidas cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados.</p> |
| <p>Sentencia C-673 de 2001</p> | <p>Derecho a la igualdad</p> | <p>La Corte ha venido aplicando en sus fallos diversos métodos para la determinación de posibles vulneraciones al principio constitucional de la igualdad (art. 13 C.P.). Entre dichos métodos se encuentra el test de razonabilidad. Este es sólo un método para la determinación de vulneraciones del principio de igualdad. Por supuesto, puede haber otros métodos para alcanzar dicha finalidad, por lo que la Corte sólo opta por aplicar el test de razonabilidad en la medida que se muestra en este caso como un método idóneo, más no exclusivo – se recalca – para tal fin. Es lo que sucede en esta ocasión por las razones que se expondrán a continuación.</p> <p>La Corte ha sostenido que el principio de igualdad no establece una igualdad mecánica ni automática. La Corte interpreta así el principio de igualdad de forma que incluye no sólo la orden de tratar igual a los iguales sino también la de tratar desigualmente a los desiguales, lo que exige se respondan tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterios?</p> |
| | | <p>Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de</p> |

| | | |
|---------------------------------|---|--|
| <p>C-379 de 2004</p> | <p>Derecho a la administración de justicia</p> | <p>justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. 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.</p> <p>Se explica la existencia de las medidas precautorias como un anticipo de lo que podría ser resuelto en la sentencia para que el derecho subjetivo se realice, para que oportunamente cese su vulneración y se otorgue la debida protección reclamada por el actor. Con las medidas cautelares se persigue pues, evitar a lo menos de manera inmediata y en forma provisoria, que se prolongue el desconocimiento del ordenamiento jurídico vulnerado en apariencia, con verosimilitud considerada por la ley como grave, que es lo que la doctrina ha definido como una medida para conjurar el “periculum in mora” .</p> |
| | | <p>Los ordenamientos jurídicos existen en gran medida como un reconocimiento de las imperfecciones del ser humano, que hace necesaria la imposición coactiva de ciertos comportamientos y del cumplimiento de determinadas obligaciones, precisamente porque es razonable pensar que algunas</p> |

| | | |
|-----------------------------|---|---|
| <p>C-379 de 2004</p> | <p>Principio de la buena fe</p> | <p>personas estarían dispuestas a no catar esas pautas normativas. Por ende mal puede considerarse que desconoce el principio de buena fe la expresión acusada simplemente porque el legislador establece mecanismos para evitar que el demandado intente insolventarse para eludir una condena en su contra. Esos comportamientos ocurren en la práctica, por lo cual bien puede la ley prevenirlos, sin que por tal razón desconozca la buena fe. Argumentar que ese tipo de reglas atenta contra el principio de buena fe llevaría a concluir que todo el código penal viola la Constitución porque la ley presume que los ciudadanos pueden cometer delitos”. (v.gr sentencia C-490 de 2000)</p> |
| <p>C-039 DE 2004</p> | <p>Libertad de configuración legislativa</p> | <p>El legislador cuenta con una amplia potestad de configuración para establecer las medidas cautelares que resulten aplicables en los distintos procesos. Es así como la ley debe definir el tipo de medidas cautelares que pueden decretarse, la oportunidad en que ello puede hacerse y los procedimientos aplicables para el efecto.</p> <p>“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.</p> <p>Sobre este particular, la Corte ha señalado que las medidas cautelares desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas</p> |

| | | |
|-----------------------------|--|---|
| | | <p>las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal”</p> <p>“El legislador ha previsto distintas medidas cautelares, que varían en su naturaleza, la oportunidad para decretarlas y la efectividad en la protección de los derechos amenazados. Así, por ejemplo, el registro de la demanda, previsto en el literal a del numeral 1º del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, implica cierta protección para los derechos del demandante y, aunque la medida no es tan efectiva a ese propósito como otras, resulta, a su vez, menos gravosa para el demandado. Las medidas de embargo y secuestro, por su parte, son mucho más efectivas en el propósito de garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante, pero comportan un gravamen mayor para el demandado que debe soportarlas.”</p> |
| <p>C-523 de 2009</p> | <p>Derecho De Defensa\ Debido Proceso</p> | <p>La Corte Constitucional ha señalado que fue voluntad del Constituyente asignar al Legislador una amplia discrecionalidad para regular los procesos judiciales, esto es para determinar el procedimiento, las actuaciones, acciones y demás aspectos que se originen en el derecho sustancial, pero dentro de los límites que le fijen los principios y valores constitucionales, precisando que dicha competencia resulta acorde con el estatuto superior, siempre y cuando tenga en cuenta los siguientes aspectos: i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia; iii) que obre conforme a los</p> |

| | | |
|-----------------------------|--|---|
| | | <p>principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas, y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas. En cuanto a la posibilidad de imponer medidas cautelares, esta Corporación ha señalado 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.</p> |
| <p>C-835 de 2013</p> | <p>Derecho De Defensa\ Debido Proceso</p> | <p>Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para “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> |

11. CONCLUSIONES

Durante el proceso de investigación y trabajo de campo realizado sobre las medidas cautelares innominadas, el grupo pudo extractar las siguientes conclusiones con las cuales podemos analizar y verificar los resultados propios del presente trabajo:

- El derecho como disciplina social es cambiante, nunca estático, pero no por ello logra avanzar a la misma velocidad en que se despliega un número infinito de acciones humanas, en tiempos, modos y lugares imprevisibles. Es por ello, que cuando se evidencie que la medida cautelar típica no puede satisfacer los cimientos de sus fines, aparece la medida cautelar innominada, cuyo efecto revolucionario es sólo sorprendente por el momento legislativo que vive nuestro ordenamiento jurídico, ya que libera el Juez en gran medida de sus restricciones del derecho positivo.
- El objetivo de la creación o consagración legal de las medidas cautelares innominadas, se encuentra acorde con los fines constitucionales, en particular al cumplir funciones de eficacia, justicia y derecho al acceso a la administración de justicia, bajo el entendido que su naturaleza sigue siendo la de una cautela (figura ya conocida y aplicada en los anteriores códigos de procedimiento). No obstante, se crea de una forma flexible, con el propósito de subsanar las falencias evidenciadas en la ejecución de las medidas cautelares nómicas, es decir, donde fallan las primeras se forman las segundas.
- Algo muy importante que se logró establecer es que las Medidas Cautelares Innominadas comportan un riesgo para el ejercicio de derechos como el debido proceso; imponiendo la obligación al juzgador de decretarlas con sumo cuidado. Lo que no quiere decir, que pueda desconocerlas o dejarlas en desuso por el temor de enfrentarse a una eventual inseguridad jurídica, por el contrario, se encuentra en el deber de hacer un ejercicio efectivo de las mismas; siendo un uso prudente del poder cautelar general, el nivel adecuado para no transgredir con la medida las garantías procesales y constitucionales contenidas, especialmente, en el artículo 29 de nuestra Constitución Política.
- Existe una aparente aceptación del Juez actual ante la idea de esta figura procesal, a la que ven con más expectativas que temores, asumiendo de forma decidida el reto que conlleva enfrentar el uso de un poder configurativo más amplio, aún ante el temor manifestado por la Corte Constitucional de que se incurra en vías de hecho judiciales. Es probable, que esta visión positiva sea el resultado de un cambio en la concepción de lo que el derecho significa o debe significar para los

asociados del Estado, y en consecuencia de un concepto fortalecido sobre lo que debe ser la labor del Juez, a saber ser ese Juzgador ideal que describe la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

- Uno de los mecanismo idóneos para llegar a hacer un uso prudente del poder cautelar general, es el test de razonabilidad, el cual no desconoce en momento alguno que existe una tensión entre derechos, sino que utiliza este incordio como punto inicial para formular una serie de actividades intelectuales que debe ejercer el Juzgador, e incluso el abogado que solicita la medida, con el fin de determinar cuál es el camino que logra el justo medio entre la relación daño/beneficio. El test pone a disposición de los jueces unas simples preguntas, que al ser contestadas por medio del ejercicio racional, permiten evidenciar la necesidad de la M.C.I y su mejor ejecución, permitiendo que debido proceso y acceso a la administración de justicia coexistan sistemática y efectivamente.
- Finalmente a la pregunta **¿Es viable la aplicación de herramientas jurídicas que garanticen el debido proceso y que permitan la discrecionalidad del juez, es decir que no se pierda el carácter innominativo de estas medidas cautelares?**

Puede responderse que las M.C.I pueden poner en riesgo el ejercicio del debido proceso, al extender el poder del juzgador hasta un punto de indeterminación jurídica, donde el derecho de defensa y contradicción resultan limitados; no obstante, esa limitación no pugna con la Constitución al comprender que no existen derechos absolutos siendo la ponderación y el justo medio una medida razonable de aplicación, siempre que el poder cautelar general materializado en la M.C.I. no signifique el desconocimiento de derechos. En suma, consideramos que las medidas cautelares innominadas juzgadas a priori pueden afectar el desarrollo del debido proceso; no obstante, per se no lo desconocen; en realidad es el operador judicial quien determina en qué proporción podría afectar una medida cautelar innominada a este principio Constitucional, motivo por el cual no debe desconocer las herramientas interpretativas, no sólo la libre formación del juicio que pueda hacer sobre la apariencia de buen derecho o el peligro en la demora, **sino la aplicación de unos pasos estrictos que permitan potencializar esta figura procesal hacia su esencia más constitucional.**

Por lo anterior nos permitimos dar una respuesta afirmativa, y aseverar que la existencia de las medidas cautelares pueden ser una limitante al debido proceso, pero no llegará a negarlo, siempre y cuando el Juez se sirva hacer un análisis razonable, ya sea por medio del test propuesto en el presente texto o de otra

herramienta que contenga una suficiente carga argumentativa, y que justifique el uso de esta figura procesal protegiendo siempre los derechos sustanciales.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Nacional de Colombia, 1991, artículo 29. [En línea], [citado el 12 de julio del 2012]. [Consultado el 2 de noviembre de 2015]. Disponible en: www.procuraduria.gov.co/.../Constitucion_Politica_de_Colombia.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 472 (6 de Agosto, 1998). Diario oficial Bogotá D.C., 1998 N° 43.357. [citado el 5 de agosto de 1998. [En línea], [consultado el 23 de marzo de 2016]. Disponible en: www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 (12 de Julio, 2012). Diario oficial Bogotá D.C., 2012 N° 48.489. [En línea], [citado el 12 de julio del 2012], artículo 590. [consultado el 2 de noviembre de 2015]. Disponible en: www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 270 (15 de Marzo, 1996). Diario oficial Bogotá D.C., 1996 N° 42.745. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-490 de mayo 4 de 2000. M.P. Alejandro Martínez caballero. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-490_2000

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-379 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-379_2004

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-022 del 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-022_1996

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-093 De 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-093-01.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 673 De 2000. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: corteconstitucional.gov.co/sentencia673/2001.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-925 De 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [En línea], [Septiembre 6 de dos mil cinco], [consultado el 2 de noviembre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-925-05.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-379 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. expediente D-4974. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-379-04.htm

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-733 de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-2725. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-733-00

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-835 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, expediente D-9626. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-835-13.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-523 De 2009. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa, Expediente D-7612. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-523-09.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 798 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño, Expedientes acumulados D-4496 y D-4503. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-798-03.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-622 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-622-

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-513 De 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-513-11.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia T-973 De 2004. M.P Rodrigo Escobar Gil. [En línea], [consultado el 13 de octubre de 2015]. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co.

CUELLO IRIARTE; Gustavo. La sana crítica sistema de valoración de la prueba judicial. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana 2007.

FORERO SILVA, Jorge. Medidas cautelares en el Código General del Proceso. Bogotá. Temis, 1ª Ed, 2013.

JIMENEZ MARTINEZ, Juliana. La medida cautelar innominada. Bogota. Leyer, 2015.

MORALES ÁLZATE, Jonh Jairo. La acción de tutela en Alemania y en Colombia: una comparación. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

ORTIZ ORTIZ, Rafael. Eidética y aporética de las medidas cautelares innominadas en el Derecho Comparado, en Revista de la Facultad de ciencias jurídicas y políticas No. 103, 1997, vol. 103, Caracas Venezuela, Universidad Central de Venezuela., 1997.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas. Bogotá, Ed doctrina y ley Ltda., 2010.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. El Congreso de la república de Venezuela, código de procedimiento civil de Venezuela, artículo 588. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=235621

ROMBERG RENGEL, Arístides,” Medidas Cautelares Innominadas”, p. 88. [En línea], [consultado el 23 de abril de 2014]. Disponible en: <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>

SOLÍS, O. L. Las Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil- Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia: Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Enero 2005, p. 54.

Enciclopedia jurídica, Sana Critica, 2014, [Citado el 26 de junio de 2016], Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/sana-critica/sana-critica.htm> [En línea] [consultado el 26 de junio de 2016].