

**LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y SU RELACION CON EL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD¹**

**THE UNNAME PRECAUTIONARY MEASURES AND ITS RELATION WITH
LEGALITY PRINCIPLE.**

María Alejandra Bolívar Mesa

RESUMEN

El presente trabajo de investigación abarca la definición de las medidas cautelares innominadas, introducidas al ordenamiento jurídico Colombiano por el Código General del Proceso. Junto con la definición de este tipo de medidas, se analizará si su aplicación en los procesos que se adelantan en las distintas jurisdicciones agreden de una u otra manera, el principio constitucional de legalidad al no estar contempladas expresamente en la ley. Igualmente se analizan las posibles consecuencias que tienen este tipo de medidas al ser aplicadas en cualquier momento del proceso.

PALABRAS CLAVE

Medidas cautelares innominadas, principio de legalidad, inseguridad jurídica, Estado Social de Derecho, ley preexistente.

ABSTRACT

This current research work covers the unnamed precautionary measures definition, introduced to the Colombian legal system by the General code of the process. With the definition of this type of measures, it'll be analyzed if its application in the processes on the different jurisdictions attack one way or another, the constitutional principle of legality because they are not contemplated in the law. Equally it'll be analyzed the possible consequences that this type of measure have for be applied in any moment of the process.

¹ Artículo Investigativo para optar por el título de abogado bajo la tutoría de la docente Martha Eugenia Duarte, presentado por la estudiante María Alejandra Bolívar Mesa Cód. 2108577.

KEYWORDS

Unnamed precautionary measures, principle of legality, legal insecurity, rule of law, pre-existing law.

SUMARIO

Introducción 1. Medidas Cautelares en el Código General del Proceso. 1.1. Naturaleza y Objeto de las medidas cautelares. 1.2. Medidas Cautelares Nominadas. 1.2.1. Medidas Cautelares en la práctica de pruebas extraprocesales. 1.2.2. Medidas cautelares en los procesos declarativos. 1.2.3. Medidas Cautelares en procesos de familia 1.2.4. Medidas Cautelares en procesos ejecutivos. 1.3. Medidas Cautelares Innominadas 2. Principio de legalidad 2.1. Definición 2.2. Importancia del Principio de legalidad en el Estado Social de Derecho 3. Las Medidas Cautelares Innominadas y su relación con el principio de legalidad 4. Posibles consecuencias de las medidas cautelares innominadas 4.1. Inseguridad jurídica generada por la implementación de medidas cautelares innominadas 4.2. Un campo más amplio de acción para el derecho. Conclusiones.



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

INTRODUCCIÓN

El sistema legal colombiano se encuentra congestionado hoy en día, esto debido a los miles de usuarios que acuden diariamente a las diferentes jurisdicciones para resolver sus controversias. Esto ha logrado que los tiempos en que los juzgados adelantan cada caso en específico se hagan extensos y se corra el riesgo de que al momento que el juez llegue a un fallo, este resulte totalmente inservible debido a que se pierda el objeto del litigio por falta de protección.

Es por esto que desde hace bastantes años se creó en Colombia la institución de las medidas cautelares, cuyo objetivo principal es prevenir que el derecho que se encuentra en litigio se pierda debido a la demora del fallo.

En el Código Civil, el ordenamiento jurídico contemplaba unas medidas cautelares básicas las cuales eran: la inscripción de la demanda, el secuestro y el embargo. Los jueces podían acudir a cualquiera de estas medidas de acuerdo al caso, para proteger los derechos y garantías del proceso. Sin embargo, estas medidas no siempre aplicaban para todas las casuísticas que se presentaban a diario, se estaban quedando cortas frente a la complejidad que se estaba presentando en muchos procesos.

Es por esto que con la ley 1564 de 2012 se incorporaron unas medidas cautelares denominadas atípicas o innominadas, pues no se encuentran expresamente contempladas en la ley, sino que le dan la libertad al juez de decretar la medida que considere más conveniente de acuerdo a la casuística que se le está presentando.

A pesar de lo innovador de estas medidas, se ha creado un gran debate frente a si agreden diferentes principios constitucionales tales como el de legalidad o el del debido proceso.

Se pretende con el presente trabajo analizar precisamente, la relación que existe entre las medidas cautelares innominadas facultadas por el Código General del Proceso y el principio de legalidad regulado en la Constitución Política de Colombia de 1991. En primer lugar, se analizará la implementación de este tipo de medidas en el Código General del Proceso y su respectiva definición, posteriormente se realizará una clasificación de las diferentes clases de medidas cautelares existentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Teniendo claridad

sobre las medidas cautelares y su aplicación en general, se procederá a definir el principio constitucional de legalidad y su importancia en el Estado Social de Derecho, el cual es la forma de gobierno establecido en Colombia. Con esto lograremos establecer la relación que existe entre las medidas cautelares innominadas y el principio de legalidad, y si realmente este tipo de medidas vulneran de una u otra forma este principio constitucional. Luego se procederá a analizar las posibles consecuencias de la implementación de las medidas cautelares innominadas en nuestro ordenamiento jurídico, y si estas crean inseguridad jurídica en el sistema judicial. Finalmente se contemplarán las posibilidades que se abren en el campo del derecho con este tipo de medidas.

1. Medidas Cautelares en el Código General del Proceso

En nuestro Sistema Judicial, muchas veces se hace necesario proteger las garantías del proceso antes de que estas, por cualquier motivo, dejen de existir. Es por esto que las medidas cautelares juegan un papel fundamental en la mayoría de los procesos que se adelantan diariamente ante la administración de Justicia.

Al hablar de medidas cautelares, es importante primero señalar que están diseñadas para prevenir “Cautelar (del latín cautela) es un verbo transitivo, indica “prevenir”, “precaver”” (Rey Cantor & Rey Anaya, 2010, p.127).

Negrete (2016) las describió como “Una institución, inteligente, por cuanto por medio de ella de forma anticipada, previa o en el desarrollo de un proceso, se actúa en pro de algo, para evitar que desaparezcan garantías” (p. 9). Que importante es tener una medida que garantice justicia en caso de obtener una sentencia favorable, pues pueden existir casos en los cuales aunque se obtiene favorabilidad en un proceso judicial no se puede hacer efectiva, por vía de ejemplo cuando en el proceso ejecutivo no se solicita y practica una medida cautelar que garantice y haga efectivo el derecho de crédito cuyo cumplimiento se pretende, obteniéndose sentencia favorable, sin concreción efectiva frente a la insolvencia del ejecutado.

Es por esto que este tipo de precaución se hace necesaria debido a que siempre existirá incertidumbre de la celeridad de la providencia que finaliza la controversia. Esto se da a que si bien, lo deseado es que el juez falle con prontitud, no se puede dejar de lado que dicha decisión debe tener todos los requerimientos legales y consideraciones necesarias para que sea justa y en derecho.

Parra J (2013) lo señala al afirmar que: “a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para los cuales es necesario un período (...), ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva” (p. 301).

Igualmente, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-379 de 2004 que:

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

Como se observa, las medidas cautelares son un mecanismo que se utiliza para proteger las garantías del proceso, sin llegar a afectar la calidad del mismo y sin llegar a presionar o afectar la decisión del juez, quien siempre debe fallar en derecho a pesar de los tiempos y procedimientos que esto conlleve. Por lo anterior cuando se soliciten medidas cautelares se debe tener en cuenta la proporcionalidad y nexo que tengan con las pretensiones que se solicitan, pues no deben ser distantes a lo que se desea obtener, por cuanto se estaría afectando el fin del ordenamiento jurídico.

Esta institución jurídica, fue contemplada en la Ley 1564 de 2012 ‘Código General del Proceso’, en su artículo 590 numeral 1 para los procesos declarativos. Este numeral cuenta con 3 incisos, donde los dos primeros contemplan las medidas cautelares ‘típicas’ o ‘nominadas’, es decir aquellas que se encuentran contempladas expresamente, tales como la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, sin embargo el último inciso habla de lo que se podría denominar medidas cautelares ‘atípicas’ o ‘innominadas’, pues estas son

decretadas a discrecionalidad del juez y a diferencia de las medidas cautelares nominadas, no se encuentran contempladas expresamente en el Código. Estas medidas hacen parte del nuevo derecho que busca ser más justo con la evolución de la sociedad, por cuanto con los medios de tecnología actuales y el cambio en las relaciones sociales se pueden presentar diversidad de garantías que al no estar en las normas o hasta que se promulguen nuevas leyes se puede vulnerar derechos.

Ahora bien, hay que tener en consideración que las medidas cautelares tienen una clasificación más amplia:

- a. Medidas Cautelares personales: Estas medidas recaen sobre la persona.
- b. Medidas Cautelares patrimoniales: Estas medidas recaen sobre el patrimonio de la persona.
- c. Medidas Cautelares sobre actos jurídicos: Estas medidas suspenden temporalmente una manifestación de la autonomía de la voluntad.
- d. Medidas Cautelares nominadas: Como ya se mencionó, son aquellas que se encuentran expresamente en la ley.
- e. Medidas Cautelares innominadas: Son aquellas que no se encuentran expresamente contempladas en la ley.
- f. Medidas Cautelares conservativas: “Conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o a asegurar una expectativa o derecho futuro” (Cabanellas, 2006, p. 295).
- g. Medidas Cautelares innovativas: Estas medidas realizan una modificación en la situación jurídica.

En el presente trabajo nos centraremos únicamente en las medidas cautelares nominadas e innominadas, con especial foco en el alcance que tienen las segundas en el sistema judicial.

1.1 Naturaleza y Objeto de las medidas cautelares

Ahora bien, teniendo clara la definición de las medidas cautelares, es necesario precisar que la naturaleza de estas son de carácter preventivo y provisional, esto debido a que durante el proceso se hace necesario proteger las garantías del proceso debido a las posibles demoras

que pueden surgir, por ejemplo, para Calamandrei (1984) la necesidad de las medidas cautelares “nace de la relación que se establece entre dos términos: La necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva” (p.43).

El objeto de las medidas cautelares es precisamente, como ya se había mencionado, proteger las garantías en un proceso, así lo señala Garavito (2014) “En tal sentido, el objeto de las medidas cautelares consiste precisamente en garantizar que dentro de las actuaciones judiciales se pueda alcanzar la tutela judicial efectiva” (p.157). En efecto, de nada sirve un fallo favorable por parte del juez, si la garantía del litigio desaparece durante el proceso debido a las demoras que se puedan llegar a presentar.

1.2 Medidas Cautelares Nominadas

Como ya se había señalado, las medidas cautelares nominadas, son aquellas que están contempladas expresamente. En el Código General del Proceso se encuentran en el Libro Cuarto denominado “Medidas Cautelares y Caucciones”. Aunque existen unas medidas muy conocidas y comunes tales como el embargo y el secuestro de bienes, existen otras, que el Código ha estipulado de acuerdo al tipo de proceso que se adelante.

1.2.1. Medidas Cautelares en la práctica de pruebas extraprocerales

Como bien lo señala Álvarez (2014) “Una de las más significativas novedades del Código General del Proceso en materia de medidas cautelares, es la posibilidad de pedir las y practicarlas en el marco de pruebas extraprocerales” (p.50).

A lo que se refiere con esta frase, no es precisamente que fuera algo novedoso que se pueda pedir la medida cautelar de manera anticipada, lo realmente nuevo es que durante la misma diligencia de pruebas extraprocerales, y si se demuestra la vulneración del derecho, se puede solicitar la medida cautelar si es procedente.

Este tipo de medidas están contempladas en el artículo 589 del Código General del Proceso, donde señala:

En los asuntos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual, la competencia desleal y en los demás en que expresamente una ley especial permita la práctica de medidas cautelares extraprocesales, estas podrán solicitarse, decretarse y practicarse en el curso de una prueba extraprocesal.

1.2.2 Medidas cautelares en los procesos declarativos

Las medidas cautelares en este tipo de procesos se vuelven un poco más restrictivas debido a la incertidumbre que existe acerca del derecho que se encuentra en debate, pues bien, en efecto puede resultar afectado el demandante si no se decreta la medida cautelar, pero igualmente puede resultar afectado el demandado, al finalizar el proceso debido a que no existía violación de ningún derecho.

Sin embargo, estas medidas están contempladas en el artículo 590 del Código General del Proceso, en sus incisos a y b. En primer lugar, en los casos en que la demanda recae sobre derechos reales principales, se puede solicitar “la inscripción de la demanda sobre los bienes sujetos a registro y secuestro de los demás”

En segundo lugar, en los casos en que la demanda se busque el pago de perjuicios originados en responsabilidad civil contractual o extracontractual se puede solicitar La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado’. Ahora bien, para que dentro de un proceso declarativo se puedan solicitar estas medidas cautelares, se hace indispensable que se cumplan dos requisitos, “Los requisitos procesales para la solicitud son dos: uno, que se pueden solicitar con la presentación de la demanda; y el otro, que sea promovido por el demandante” (Trujillo, 2014, p.178).

1.2.3 Medidas Cautelares en procesos de familia

El Código General del Proceso, debido a la naturaleza de los casos que se manejan en materia de familia, ha determinado en su artículo 598 las medidas cautelares que se pueden aplicar para los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, y disolución y liquidación de sociedades patrimoniales de compañeros permanentes:

1. Embargo y secuestro de bienes que sean objeto de gananciales.
2. Residencia separada de los cónyuges.
3. Señalar el valor con que cada cónyuge debe contribuir para el sostenimiento de los hijos, así mismo como el cuidado de los hijos a cargo de alguno de los cónyuges o de un tercero.

En el derecho de familia se debe tener en cuenta algunas características para solicitar medidas cautelares como podrían ser la urgencia para que se dicten y se hagan efectivas, la prudencia tanto de la parte que las solicita como del juez que las ordena, ya que en muchas ocasiones puede haber menores de edad en medio de procesos judiciales y se debe ser muy analítico para evitar perjuicios mayores dentro de estos procesos: “En el ámbito propio del derecho de familia la aplicación de medidas cautelares tiene notas distintivas, porque muchas veces las situaciones que surgen en el marco de las relaciones interfamiliares requieren de respuestas aún más rápidas y esencialmente mutables” (Mazzinghi, 2014, p.1).

Claro ejemplo de esto, son las diferentes medidas que se han ido implementando en los casos de violencia intrafamiliar que se presentan ante el sistema judicial del País. González (2012) en su Guía Pedagógica para Comisarías de Familia sobre el procedimiento para el abordaje de la violencia intrafamiliar con enfoque de género señala las siguientes medidas que se pueden implementar de acuerdo a las condiciones de cada caso para proteger a las víctimas:

1. Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación.
2. Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima.
3. Decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas si los hubiere.
4. Decidir provisionalmente quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias.
5. Decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar. (p 59)

1.2.4 Medidas Cautelares en procesos ejecutivos.

El Código General del Proceso en su artículo 599 señala que, para los procesos ejecutivos se tienen contempladas como medidas cautelares el embargo y secuestro. El juez deberá embargar una cuantía razonable respecto del objeto de litigio, ya que no puede exceder en una cantidad considerable el bien que se está embargando respecto del monto reclamado. Sin

embargo, el demandado puede solicitar al juez, en primer lugar, que el demandante preste una caución del 10% con el fin de resarcir los daños causados y en segundo lugar se le puede solicitar al juez que el demandado escoja el bien que le va a ser embargado con base en su registro de bienes.

1.3 Medidas Cautelares Innominadas

Las medidas cautelares Innominadas fueron incorporadas al sistema legislativo Colombiano por el Código General del Proceso en el literal c del numeral 1 del artículo 590, el cual señala:

Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Estas medidas, como se evidencia a simple vista, no están señaladas expresamente en el código como las medidas cautelares nominadas, “Se trata de aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decrete” (Parra, 2013, p.302).

Ahora bien, debido a su naturaleza y la libertad que se le da al juez con estas medidas, se deben tener ciertas condiciones en cuenta para que sea válido acudir a ellas.

En primer lugar, está el identificar claramente el interés que la parte tiene para actuar en el proceso, es decir la legitimación que tiene en el mismo para poder determinar si es procedente la medida. En segundo lugar, el juez debe verificar el riesgo que se corre al no implementar la medida, “por un lado los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio y, por otro, los del demandante que enfrenta el riesgo que cuando se produzca la sentencia, esta resulte completamente inútil” (Parra, 2013, p.311). Estas medidas cautelares como se puede evidenciar, no pueden ser aplicadas a cualquier tipo de proceso, sino que tiene que existir en realidad un peligro prácticamente inevitable de que se pierda el objeto del litigio en cuestión. Finalmente, el juez debe tener en cuenta la apariencia de buen derecho “siendo el derecho del demandante más probable que el del demandado” (Parra, 2013, p. 311), esto quiere decir que el juez después de un análisis exhaustivo de las pretensiones del demandante,

sus argumentos y pruebas, pueda llegar a la conclusión que el demandante puede obtener un fallo a su favor debido a que el derecho es más favorable para él.

Teniendo en claro los principios que debe tener en cuenta el juez para poder decretar una medida cautelar innominada, Jairo Parra Quijano en su texto Medidas cautelares innominadas, señala las especies que existen de medidas cautelares innominadas, las cuales se describirán a continuación.

- 1. Inhibitoria:** Debe probarse la amenaza que existe sobre el objeto del litigio, para esto se debe acudir a cualquier medio de prueba, generalmente se acude a la prueba indiciaria. Sin embargo, para que este tipo de prueba funcione, el hecho sobre el que se basan todas las pretensiones debe estar probado. De allí se deben analizar todas las pruebas existentes que puedan ayudar a calcular una probabilidad.
- 2. Prohibición de innovar:** Por ejemplo, en el artículo 2327 del Código Civil se señala que “cada comunero debe contribuir a las obras y reparaciones de la comunidad proporcionalmente a su cuota”. Este artículo señala que los comuneros de una propiedad pueden realizar únicamente las obras necesarias para el mantenimiento de la propiedad, pero no se pueden exceder con otro tipo de arreglos, pues esto podría resultar afectando a los demás comuneros. Este ejemplo funciona para explicar esta especie de medida cautelar innominada pues en el caso en que se inicie un proceso divisorio, se puede solicitar que no se le hagan modificaciones al bien mientras sale la sentencia.
- 3. La medida cautelar anticipada:** Como ya se ha mencionado, estas medidas buscan de alguna manera anticiparse a cualquier daño irreversible que pueda causar la demora del fallo. Por lo tanto, el juez debe evaluar si efectivamente lo más probable es que el fallo sea a favor de quien solicitó la medida (apariencia de buen derecho). Además, se debe tener en claro si efectivamente el no tomar esa medida puede llegar a causar un daño irreversible.

2. Principio de Legalidad

El principio de Legalidad es un principio rector en la mayoría de las legislaciones a nivel mundial, el cual tiene como fin generar confianza para la población al ordenamiento jurídico de cada país, indicando a los Estados que deben regirse a las leyes previamente preestablecidas. A continuación se define el principio de legalidad con base a varios doctrinantes que han enfatizado en este tema;

2.1 Definición

El principio de legalidad es aplicable en la mayoría de países en el mundo, el cual “supone que todas las autoridades de un Estado, en sus acciones, están sometidas a la ley” (Olano, 2005, p. 262). Es parte fundamental de las garantías y derechos de las personas que mantengan la credibilidad en los poderes de quienes los gobiernan, por esto las normas generan la seguridad necesaria para ordenar el comportamiento de los asociados al contrato social, los poderes del Estado siempre deben regirse por las leyes que se encuentren vigentes, esta es una de las mayores garantías para sus ciudadanos:

El estado se encuentra sometido a toda la normatividad jurídica que se concreta en uno de los principios motores del Estado de derecho, esto es el principio de legalidad entendido como la sujeción del orden jurídico que irremediamente recoge la totalidad de las normas, principios y valores que inspiran un sistema jurídico, pues la relación entre la administración pública y los administrados debe ser clara, por tratarse de normas reguladoras de la vida social, para evitar revivir el estilo autocrático de Luis XIV y afianzar cada día el postulado de la Revolución francesa de la despersionalización del poder. (Rodríguez, 2014, p.63)

Por ejemplo, en Argentina, la Constitución de la Nación de Argentina señala en su artículo 18 “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa” y en España, la Constitución Española en su artículo 9 inciso 3 cita:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Con los anteriores preceptos normativos de otros países se evidencia que el principio de legalidad es de vital importancia para la mayoría de Estados, el artículo 29 inciso 2 de la Constitución Política de Colombia señala “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.” Como se puede observar, este principio brinda seguridad al funcionamiento del sistema legislativo, pues permite que los procesos solo se rijan por las leyes existentes. La Constitución por ser norma de normas, permea todo el ordenamiento jurídico del país y por lo tanto las demás leyes que se expiden no pueden desligarse del principio de legalidad por cuanto es parte del debido proceso como derecho fundamental.

Este principio se ve reflejado en los códigos, leyes y demás normas que se han expedido en el país regulando las diferentes materias que en derecho concierne. Por ejemplo, el Código General del Proceso en su artículo 7 cita: “Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina”.

Por otro lado, el Código Penal igualmente señala el principio de legalidad en su artículo 6 “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

La importancia de este principio es tal, que se puede evidenciar como su aplicación repercute en otros principios como el del debido proceso. Así lo señala la Corte constitucional en la sentencia C-444 de 2011:

El principio de legalidad equivale a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en la exigencia de *lex previa* y *scripta*. De esta forma, al garantizar el principio de legalidad se hacen efectivos los restantes elementos del debido proceso, entre ellos la publicidad, la defensa y el derecho contradicción.

2.2 Importancia del Principio de legalidad en el Estado Social de Derecho.

Antes de describir la importancia que tiene el principio de legalidad en el Estado Social de Derecho, es indispensable definir qué se entiende por Estado Social de Derecho y sus alcances. El concepto de Estado Social de Derecho fue creado por Hermann Heller (1891-1933), a quien no le bastaba el simple concepto de Estado de Derecho, pues implicaba la simple aplicación del Derecho sin contemplación alguna. Por otro lado, el Estado Social de Derecho se encamina a procurar el bien común para todos, “el Estado Social de Derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real” (Villar Borda, L., 2007).

En 1991, con la Constitución Política de Colombia se estableció que Colombia es un Estado Social de Derecho en su artículo 1:

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Al ser un Estado Social de Derecho, donde uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos es la igualdad, cobra vital relevancia el principio de legalidad, pues vela porque todos los ciudadanos se rijan por las mismas normas y los mismos derechos sin olvidar que todo el ordenamiento jurídico debe satisfacer las necesidades de la sociedad como núcleo esencial del ordenamiento jurídico.

Es por esto, que la corte constitucional, definió en la sentencia C-030 de 2012 la finalidad que tiene el principio de legalidad:

Respecto de las finalidades de este principio, la jurisprudencia constitucional ha señalado que éste (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del Legislador; (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado.

3. Las Medidas Cautelares Innominadas y su relación con el principio de legalidad

Teniendo en cuenta que el principio de legalidad limita el ejercicio del juez al momento de aplicar la ley, pues él debe tomar todas sus decisiones con las normas existentes y vigentes, el implementar las medidas cautelares innominadas a nuestro ordenamiento jurídico puede generar duda acerca de si se está actuando conforme a la norma o el juez está vulnerando el principio de legalidad contemplado en la Constitución Política de 1991.

Respecto a esta incertidumbre que surge sobre la aplicación de este tipo de medidas, la Corte Constitucional se ha manifestado en diferentes sentencias, como en la sentencia C- 835 de 2013 donde señala:

Así, 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, los parámetros para su imposición se encuentran previamente establecidos en la ley.

Podemos evidenciar, que la Corte defiende las medidas cautelares innominadas, ya que a pesar de que es una facultad que se le da al juez, son medidas que se encuentran contempladas en la ley y tienen unos límites determinados por la ley para que no cualquier medida cautelar innominada se pueda aceptar dentro de cada proceso judicial que se pretende dar solución.

Debemos recordar, que el principio de legalidad “supone que todas las autoridades de un Estado, en sus acciones, están sometidas a la ley” (Olano, 2005, p. 262).

Bajo este precepto, queda claro que las medidas cautelares innominadas son totalmente acordes al principio constitucional de legalidad.

Cabe aclarar que el solo hecho de que las medidas estén contempladas en una ley no basta, es necesario que el legislador estipule bajo que parámetros puede ser utilizada ese tipo de medidas por el juez, estos parámetros están contemplados en el mismo literal c del artículo 590 del Código General del Proceso:

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

El juez como director del proceso y administrador de justicia en representación del estado, desempeña una función muy importante dentro del proceso judicial en el tema de las medidas cautelares innominadas que solicitan las partes, pues se debe analizar detenidamente su relevancia, pertinencia, conducencia y necesidad del decreto y práctica para garantizar la futura solución con efectividad de los derechos para las partes sin afectarlas infundadamente, aplicando en todo momento los principios rectores del proceso y del procedimiento.

4. Posibles consecuencias de las medidas cautelares innominadas

Para muchos, la implementación de las medidas cautelares innominadas en los procesos que diariamente se adelantan en el ordenamiento jurídico de nuestro país, puede llegar a tener un efecto positivo, pues ayuda en cierta medida a descongestión judicial “Las medidas cautelares innominadas son una de las novedades importantes del activismo judicial en el Código General del Proceso, que trata de dotarlo de mecanismos idóneos en el cometido de la descongestión judicial y la efectividad material de las sentencias” (Cabrera, 2014, p.36-37). Otro efecto positivo que muchos aprecian, es que amplía el campo de acción para que los administradores de justicia protejan diferentes tipos de derechos. Una de las ramas que se cree se ve más beneficiada, es la laboral:

Las medidas cautelares innominadas en procesos laborales contribuirán a la consecución del fin pendular del derecho del trabajo que es la protección de la parte débil de la relación, que es el mismo trabajador. Por ejemplo, en procesos de protección al fuero sindical o de maternidad, así como en procesos de discriminación y acoso laboral las medidas serán fundamentales para la protección del trabajador. (Sacipa, 2017, p.82)

Estas medidas ayudan a contribuir en la búsqueda de la justicia por parte del Estado, ya que en materia laboral se presenta mucho desequilibrio en las partes contratantes, pues no es una novedad que el empleador tiene un grado de imposición en un contrato laboral y en la mayoría de los casos los trabajadores acuden a instancias judiciales cuando son despedidos sin justa causa. Estas medidas innominadas permiten que los trabajadores puedan tener garantías sobre sus pagos laborales que estarían en litigio. Como se ha mencionado lo importante es que las

medidas cautelares que se solicitan y se decretan tengan congruencia con las pretensiones, ya que se busca una relación de evitar un daño a la parte demandante.

Ahora bien, hay muchos otros que opinan que al decretar medidas cautelares innominadas es un prejuzgamiento en el proceso, pues de alguna manera el juez está dando un fallo anticipado. Sin embargo, esto se desvía totalmente de la finalidad que tienen este tipo de medidas, pues lo único que buscan es que a lo largo del proceso el juez proteja el derecho en litigio de la mejor forma posible:

La definición de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias, no involucra en ningún momento una forma de dar un prejuzgamiento al proceso. Por el contrario, el juez en la trayectoria del juicio de acuerdo a las pruebas presentadas va decidiendo el fallo sin que ello se aprecie en un prejuzgamiento o fallo anticipado. (Contreras, 2015, p.24)

Es por esto, que más allá del dilema que genera el hecho de que el legislador le haya dado a los jueces el poder de decretar este tipo de medidas, se debe analizar si los mecanismos con los que cuenta el ordenamiento jurídico Colombiano son suficientes y adecuados para poder implementar en los procesos las medidas cautelares innominadas:

Efectivamente los presupuestos que debe analizar el juez para decretar la medida cautelar si están consagrados en la norma, en la misma Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, Artículo 590, literal c) y marcan la pauta para que el juez decrete la medida cautelar innominada, ahora bien, lo que resta es la pericia del juez para hacer una revisión juiciosa del caso en particular. (Fernández, 2015, p27)

Las medidas cautelares innominadas dentro del análisis que se ha ido construyendo se puede evidenciar que más que un capricho del legislador son una herramienta importante dentro del sistema judicial para promover la verdad y emitir fallos consistentes, pero lo más importante para determinarlas es el análisis de los jueces, que los lleva a que cada día tengan mayor capacitación en como determinar cada caso en concreto sin tener parcialidades en sus decisiones.

4.1 Inseguridad jurídica generada por la implementación de medidas cautelares innominadas

Al hablar de medidas cautelares innominadas, es imposible no pensar en la inseguridad jurídica que se podría llegar a generar por su implementación en los diferentes procesos judiciales que se adelantan a diario en Colombia.

La aplicación de una medida cautelar innominada en cualquier proceso, conlleva a que no se pueda saber la consecuencia de la misma hasta que haya terminado el proceso “lo cual convierte a esta actuación en una auténtica “caja de pandora”, que se abrirá a iniciativa del peticionario, pero cuyo “mal” que de allí salga será el resultado de la libre determinación del funcionario” (Alvarado 2013, pg. 887).

Al no tener certeza de los alcances que pueda llegar a tener una medida cautelar innominada, se crea inseguridad jurídica en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es importante que el administrador de justicia verifique en qué casos se hace en realidad necesario aplicar este tipo de medidas. Así como lo señala Buitrago (2015)

Las medidas cautelares atípicas no pueden convertirse en la regla general de todo proceso, puesto que a la luz de nuestra Constitución Política, el principio de legalidad, como garantía del debido proceso, fundamenta el principio de taxatividad como una forma de limitar el poder del Estado y por ende del poder cautelar general, de tal forma, que es a través del principio de taxatividad que se puede garantizar la protección de los derechos de los administrados, en la medida en que las actuaciones de la autoridad judicial no van a depender de su propio arbitrio. (p.22)

4.2 Un campo más amplio de acción para el derecho

A pesar de sus pros y contras, es innegable que la implementación de medidas cautelares innominadas a los procesos que se adelantan en las distintas jurisdicciones, son de alguna u otra manera un paso para ampliar el campo de acción que tiene el administrador de justicia para proteger un derecho.

Esto hace que los usuarios tengan más confianza en el sistema legal del País, y así no recurran a figuras innecesarias para proteger sus derechos. Como lo es el acceso abusivo a la acción de tutela, en la cual los colombianos han encontrado un refugio para garantizar la protección de sus derechos, pero logrando adicionalmente congestionar las diferentes jurisdicciones por el trato preferencial que tiene esta acción, sin contemplar otros mecanismos a los que podrían acceder:

Tal avance sería posible también en el proceso declarativo, tras la consagración de las medidas cautelares innominadas (MCI) en el Código General del Proceso. Si los jueces civiles se empoderan en el uso de las MCI, pueden ofrecer vías para la protección -o conservación- de derechos que usualmente son objeto de la acción de tutela, ante la demora que se presenta en la jurisdicción civil. En muchas ocasiones, el juez de tutela admite su uso en causas propias de otras jurisdicciones, en vista de la tardanza que tomarían tales pronunciamientos. (Bejarano, 2017)

Como se puede observar, los jueces son los llamados a cambiar y mejorar los procesos que adelanten con la infinidad de posibilidades que ofrecen las medidas cautelares innominadas, su correcta instrumentación conlleva a que el derecho tal y como lo conocemos, se pueda transformar para brindar agilidad y soluciones útiles para sus usuarios.

El mundo moderno cambia a grandes velocidades y en materia normativa no puede quedarse atrás, pero hay un grado de complejidad al querer el legislador tipificar todas las medidas cautelares que pueden utilizarse como garantía para los procesos judiciales, por lo que las medidas cautelares innominadas son una gran apuesta de las legislaciones que las implementan para garantizar procesos con una justicia y reparación adecuadas.

CONCLUSIONES

Las medidas cautelares tienen gran importancia en los procesos judiciales porque ayudan a garantizar los derechos de las partes dentro de un proceso, inicialmente las medidas cautelares eran tipificadas en la norma y no había forma de solicitar ninguna otra que no estuviera expresa dentro del ordenamiento jurídico. En la actualidad con el aumento demográfico y la evolución de la tecnología las medidas cautelares expresas se quedan en el pasado, por lo que se hizo necesario al igual que en muchos países normar las medidas cautelares innominadas para cubrir una justicia efectiva para la sociedad. Ya no existen límites a solicitar las medidas que las partes creen convenientes para proteger sus derechos siempre que cumplan con los parámetros exigidos dentro de las leyes que estén rigiendo y sin vulnerar los derechos de los demás.

Aunque la implementación de las medidas cautelares innominadas generó dudas, debido a la posible vulneración del principio de legalidad pues no se encontraban contempladas expresamente en la ley, estas se han disipado por completo, pues precisamente es la ley 1564 de 2012 la que faculta al juez a decretar este tipo de medidas en el inciso c del artículo 590.

Sin embargo, se hace importante la prudencia del juez al momento de aplicarlas, pues no en cualquier proceso son procedentes, se debe verificar que exista realmente un riesgo inminente de perder las garantías y por tanto se haga necesaria la implementación de una medida atípica pero efectiva que las proteja. Pues de nada sirve un proceso exitoso con fallo favorable, si cuando se quiera hacer efectivo hayan desaparecido las garantías que se perseguían.

Y es precisamente por esta prudencia que deben tener los jueces, que la implementación de estas medidas no se puede convertir en una regla general, pues precisamente la ley las incorporó como unas medidas excepcionales para los casos en que las medidas cautelares tradicionales se quedan cortas frente al proceso.

De esta manera se evita crear inseguridad jurídica en el sistema judicial, y permite apreciar estas medidas como una gran oportunidad para que los usuarios confíen en el sistema, y puedan acceder a él sin tener temor de que este resulte ineficaz al momento de generar un fallo definitivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alvarado, A (2013) El procedimiento Cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión. Recuperado de: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/35adolfo-alvarado-veloso.pdf>
- Álvarez, M. A. (2014). Las medidas cautelares en el Código General del proceso Consejo Superior de la judicatura. Recuperado de: http://www.ejrlb.com/docs2016/modulo_medidascautelares_cgp.pdf
- Bejarano, R (2017) La constitucionalización de la medida cautelar innominada. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/procesal-y-disciplinario/la-constitucionalizacion-de-la-medida-cautelar>
- Buitrago, J.C. (2015). De las medidas cautelares innominadas: un estudio sobre el principio de proporcionalidad y razonabilidad como límites a la potestad cautelar del juez. (Artículo investigativo para optar por el título de abogado, Universidad Católica de Colombia). Recuperado de: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2375/1/TRABAJO%20MEDIDAS%20CAUTELARES%20VERSI%C3%93N%20FINAL.pdf>
- Cabanellas, G. (2006). Diccionario jurídico elemental. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabrera, D. F. (2014). Estudio a las medidas cautelares innominadas, en vigencia del código general del proceso. Universidad Santo Tomás. Recuperado de: <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/search/authors/view?firstName=Diego%20Faubricio&middleName=&lastName=Cabrera%20Ria%C3%B1o&affiliation=&country=>
- Calamandrei P. (1984). Providencias Cautelares. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Código Civil [Código]. (2016) 38ª Ed. Legis.
- Código General del Proceso [Código]. (2017) 3ª Ed. Legis.
- Código Penal [Código]. (2018) 20ª Ed. Legis.
- Constitución de la Nación de Argentina [Const]. (1995) Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

- Constitución Española [Const]. (1978) Recuperado de: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991) 38ª Ed. Legis.
- Contreras, J (2015) Medidas Cautelares innominadas y anticipatorias un análisis comparado en las distintas jurisdicciones del régimen jurídico colombiano. (Artículo investigativo para optar por el título de abogado, Universidad Católica de Colombia) Recuperado de: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2330/1/Medidas%20cautelares%20innominadas%20y%20anticipatorias%20un%20an%C3%A1lisis%20comparado%20en%20las%20distintas%20jurisdicci.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (27 de abril de 2004) Sentencia C-379 de 2004 [MP Alfredo Beltrán Sierra]
- Corte Constitucional de Colombia. (25 de mayo de 2011) Sentencia C-444 de 2011 [MP Juan Carlos Henao Pérez]
- Corte Constitucional de Colombia. (01 de febrero de 2012) Sentencia C-030 de 2012 [MP Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional de Colombia. (20 de Noviembre de 2013) Sentencia C-835 de 2013 [MP Nilson Pinilla Pinilla]
- Fernández (2015). Impacto de las medidas cautelares innominadas, en los principios constitucionales del debido proceso y legalidad. Universidad de San Buenaventura Cali. Recuperado de: http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/bitstream/10819/3037/1/Impacto_medidas_cautelares_fernandez_2015.pdf
- Garavito, P (2014) Las medidas cautelares en el arbitraje nacional a partir de la ley 1563 de 2012. (Artículo investigativo para optar por el título de abogado, Universidad Católica de Colombia) Recuperado de: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/1632/1/Las%20Medidas%20Cautelares%20en%20el%20Arbitraje%20Nacional%20a%20partir%20de%20la%20Ley%201563%20de%202012%202829-08-014%29%20VB.pdf>

- González, A (2012). Guía Pedagógica para Comisarías de Familia sobre el procedimiento para el abordaje de la violencia intrafamiliar con enfoque de género. Recuperado de : <http://observatorio.tecnar.edu.co/files/GUIA%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20PARA%20COMISARIAS%20DE%20FAMILIA%20PARA%20EL%20ABORDAJE%20DE%20LA%20VIOLENCIA%20INTRAFAMILIAR%20CON%20ENFOQUE%20EN%20GENERO.pdf>
- Mazzinghi, E. (2014) Medidas Cautelares en el Derecho de Familia. Recuperado de: http://estudiomazzinghi.com.ar/publicaciones/pdf/1285696628_Medidas%20cautelares%20en%20el%20derecho%20de%20familia.pdf
- Negrete, E (2016). Las medidas Cautelares innominadas en el derecho administrativo. Bogotá, Colombia: Leyer Editores
- Olano. (2005) Interpretación y Dogmática Constitucional. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA
- Parra, J (2013). Medidas Cautelares innominadas. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Libre.
- Rey Cantor, E. y Rey Anaya, A. (2010). Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Jurídica, 14, 127-193.
- Rodríguez, I (2014) Régimen Jurídico del título minero-un estudio sobre el principio de legalidad, la inseguridad jurídica y sus efectos en la minería ilegal. (Monografía para optar por el título de abogado, Universidad Católica de Colombia) Recuperado de: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/1616/1/MONOGRAFIA%20%20i%20vonne%20paola%20rodriguez%20codigo%202102666.pdf>
- Sacipa, N. (2017). Medidas Cautelares innominadas Tomado de: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/8739023/4.+Medidas.pdf/4f36b5d3-170e-4aa6-9ff9-211bf4039d17>
- Trujillo, F. (2014). Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso colombiano. Recuperado de: <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/446>

- Villar Borda, L., (2007), Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista de derecho del Estado*. (No. 20),1-24 pg.