



**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA  
SECCIONAL CÚCUTA  
BIBLIOTECA “MANUEL JOSÉ VARGAS DURÁN”**

**RESUMEN – TRABAJO DE GRADO**

---

GRECIA CRISTINA CUELLAR PARRA Y KELLY PAOLA VILLAMIZAR TORRADO  
AUTOR(ES) NOMBRES Y APELLIDOS COMPLETOS

DERECHO  
FACULTAD

SIRLEY JULIANA AGUEDELO IBAÑEZ  
DIRECTOR

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES  
INNOMINADAS COMO GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN  
LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL COLOMBIANA, UN ESTUDIO DESDE LA  
JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA.  
TÍTULO

RESUMEN

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

CARACTERÍSTICAS:

PÁGINAS: 139 PLANOS: 0 ILUSTRACIONES: 0 CD-ROM: 1  
ANEXOS: 2



## AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN FORMATO DIGITAL A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

### PARTE 1. Términos de la Autorización Derechos de Autor para publicación digital de las Monografías o Tesis de Grado en el Repositorio Institucional

a) Su vigencia iniciará a partir de la fecha de su inclusión en el Repositorio, de forma indefinida.

b) El AUTOR o AUTORES autorizan a la UNIVERSIDAD LIBRE para que en los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas e internacionales sobre Derechos de Autor y Propiedad Intelectual, así como lo estipulado en el Título X Propiedad Intelectual, del ACUERDO No. 06 (Octubre 25 de 2006) Por el cual se aprueba el Reglamento de Investigación de la Universidad Libre, se autorice la publicación electrónica

PARÁGRAFO: El Autor (es) certifica que el trabajo de grado o tesis, objeto de esta autorización, es de exclusiva autoría, no vulnera derechos de terceros, por lo tanto en caso de presentarse alguna acción o reclamación de terceros, sobre derechos de autor, asume la responsabilidad total correspondiente.

### PARTE 2. Autorización para publicar y permitir la consulta y uso de obras en el Repositorio Institucional.

Con base en este documento, Usted autoriza la publicación, electrónica, consulta y uso de su obra por la UNIVERSIDAD LIBRE y sus usuarios de la siguiente manera;

a. Usted autoriza la publicación de su Monografía o Tesis de Grado en el Repositorio Institucional RI de la UNIVERSIDAD LIBRE que forma parte integral del presente documento y de la que se ha recibido una (1) copia.

Si autorizo  No autorizo

El no autorizar no lo excluye de ser referenciado y encontrado como autor junto al título de su trabajo de grado en el RI

b. Usted autoriza para que la obra sea puesta a disposición del público en los términos autorizados por Usted en los literales a), y b) y que admite conocer.

Si autorizo  No autorizo

En constancia de lo anterior,

Título de la obra

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS COMO GARANTIA A LA TUTELA JURISDCCIONAL EFECTIVA UN EN LA JURISDICCION ORDINARIA CIVIL COLOMBIANA, UN ESTUDIO DESDE LA JURISDICCION ORDINARIA CIVIL DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA.

Facultad

DERECHO CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

Programa

DERECHO

Título Obtenido

ABOGADO

Autores:

Nombre:

GRECIA CRISTINA CUELLAR PARRA

Firma:

C.C. 1090451346 Cúcuta

Nombre:

KELLY PAOLA VILLAMIZAR TORRADO

Firma:

C.C. Kelly Pado Villamizar Torrado  
1090.466.424. Cúcuta.

**FORMULARIO TEXTO DEL RESUMEN Y PALABRAS CLAVES, PARA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN FORMATO DIGITAL A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD LIBRE**

Palabras claves: CAUTELAS, INNOMINADAS, NOMINADAS, PROPORCIONALIDAD, PRESUPUESTOS PROCESALES.

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

**Resumen Ingles:** This project sought to verify the lack of judicial officials at the institution of the unnamed precautionary measures and its applicability through the principle of proportionality implemented by the constitutional court, said first object of study of this research, basing on the interviews and rights to petition made to civil and magistrate judges in the civil division of the judicial district of Cúcuta, with which it could be concluded that the judicial officers are inexperienced front so new institution enshrined in Article 590 of the General Code of Procedure, and the lack of clarity you have regarding the application of the test of proportionality in the imposition or not of that unnamed extent, so the research group sees the need to propose implementing guidelines that facilitate the action of the judge the imposition.



**UNIVERSIDAD  
LIBRE**  
Fundada en 1923

*La Calidad académica  
un compromiso institucional*

NIT: 860.013.798-5

MEMBROS DE LA ASOCIACION  
COLOMBIANA DE UNIVERSIDADES

## ACTA DE SUSTENTACIÓN

No. 022-2015

En San José de Cúcuta a los diecinueve (19) días del mes de Noviembre de 2015, se reunieron los doctores RODOLFO GUTIÉRREZ CEPEDA y LUIS ANTONIO MUÑOZ HERNÁNDEZ para realizar el examen de sustentación del trabajo de grado titulado “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS COMO GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL COLOMBIANA, UN ESTUDIO DESDE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA”, realizado por las estudiantes GRECIA CRISTINA CUELLAR PARRA y KELLY PAOLA VILLAMIZAR TORRADO, requisito indispensable para optar el título de **ABOGADO**.

Una vez examinadas las estudiantes, el jurado de común acuerdo calificó el examen así:

### MERITORIO

Según información anexa de los jurados.

  
**SANDRA ZULAY GARCIA CONTRERAS**

Secretaria Académica Seccional



lsa.

SECCIONAL CÚCUTA Av. 4 N 12 N 91 el bosque - PBX 5829810

[www.unilibrecucuta.edu.co](http://www.unilibrecucuta.edu.co)

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES  
INNOMINADAS COMO GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN  
LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL COLOMBIANA.

Un estudio desde la jurisdicción ordinaria civil del distrito judicial de Cúcuta

GRECIA CRISTINA CUÉLLAR PARRA  
KELLY PAOLA VILLAMIZAR TORRADO

UNIVERSIDAD LIBRE - SECCIONAL CÚCUTA  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES  
SAN JOSÉ DE CÚCUTA

2015

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES  
INNOMINADAS COMO GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN  
LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL COLOMBIANA.

Un estudio desde la jurisdicción ordinaria civil del distrito judicial de Cúcuta

GRECIA CRISTINA CUÉLLAR PARRA  
KELLY PAOLA VILLAMIZAR TORRADO

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado

Asesor disciplinar  
Dra. SIRLEY JULIANA AGUDELO IBÁÑEZ  
Abogada

Asesor metodológico  
LUIS ENRIQUE NIÑO OCHOA  
Especialista en Investigación Social

UNIVERSIDAD LIBRE - SECCIONAL CÚCUTA  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES  
SAN JOSÉ DE CÚCUTA

2015

## AGRADECIMIENTOS

Los autores agradecen por la dedicación, el esfuerzo, y el trabajo realizado a:

Dra. SIRLEY AGUDELO IBAÑEZ, Asesor Disciplinar del Trabajo de Grado.

Dr. LUIS ENRIQUE OCHOA NIÑO, Asesor Metodológico del Trabajo de Grado.

A nuestros padres y hermanos por el apoyo incondicional durante la elaboración de este proyecto.

## RESUMEN EJECUTIVO

El principio de proporcionalidad representa un nuevo reto para los Jueces Civiles, puesto que, con la medidas cautelares innominadas se les permite decretar cualquier cautela que considere acertada para el proceso judicial que se está tramitando, lo cual genera temor en estos servidores públicos, al tener la posibilidad de sobrepasar los límites impuestos por la Ley, al intentar proteger los derechos del demandante, pero vulnerando indiscriminadamente los intereses y derechos constitucionales del demandado; por lo cual, la correcta aplicación de la medida depende del buen uso que se le da a los criterios establecidos por el Código General del Proceso para su decreto, en especial del principio de proporcionalidad, ya que es el pilar que le indicara al Juez la aplicación necesaria, idónea y proporcional de dicha cautela. En esta investigación de carácter descriptiva, socio-jurídica y hermenéutica, se utilizó como métodos para recolectar información, entrevistas y derechos de petición, los cuales se aplicaron a los Juzgado Civiles y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, con el fin de vislumbrar la perspectiva que se tiene sobre el principio mencionado y la medida cautelar innominada. Posteriormente se analizaron los objetivos, iniciando con el concepto general de las cautelas, la distinción entre nominada e innominadas, su regulación en Colombia junto con los antecedentes y el papel que tiene el Juez en el decreto de las medida cautelares innominadas; seguidamente se indican los presupuestos preestablecidos por el Código General del Proceso, dándole relevancia a los principios, dentro de los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad, que es desarrollado a fondo por los capítulos subsiguientes, determinándose que la proporcionalidad desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana podrá ser aplicada por el Juez para el decreto de la medida cautelar innominada en los procesos declarativos, tomando como base los subprincipios que la componen, y los lineamientos identificados en la presente investigación conforme a la naturaleza, funcionabilidad, y finalidad de la cautela innominada en Colombia.



## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO.....	18
Título.....	18
Planteamiento del problema.....	18
Formulación del problema.....	20
Sistematización del problema.....	20
Justificación.....	21
Objetivos.....	22
 MARCO DE REFERENCIA.....	 24
Antecedentes.....	24
Bases teóricas.....	25
Bases legales.....	42
 DISEÑO METODOLÓGICO.....	 46
Tipo y método de investigación.....	46
Población y la muestra.....	47
Análisis de la información.....	47
<i>Análisis de la entrevista a Magistrados y Jueces de la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.....</i>	<i>47</i>
<i>Análisis de los derechos de petición a Magistrados y Jueces de la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.....</i>	<i>70</i>
<i>Análisis inferencial de las entrevistas y derechos de petición a Magistrados y Jueces de la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.....</i>	<i>72</i>

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS COMO GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL COLOMBIANA. Un estudio desde la jurisdicción ordinaria civil del distrito judicial de Cúcuta.....	84
Generalidades de las medidas cautelares.....	84
<i>Las medidas cautelares</i> .....	84
<i>Medidas cautelares nominadas</i> .....	86
<i>Medidas cautelares innominadas</i> .....	86
<i>Adopción de las medidas cautelares innominadas</i> .....	87
El papel del Juez en el decreto de la medida cautelar.....	90
La medida cautelar como garantía a la tutela jurisdiccional efectiva.....	93
Presupuestos de las medidas cautelares innominadas consagrados en el Código General del Proceso.....	94
<i>Principio de apariencia de buen derecho</i> .....	97
<i>Principio de necesidad</i> .....	98
<i>Principios de efectividad</i> .....	99
<i>El peligro en la demora o la existencia de la amenaza</i> .....	99
El principio de proporcionalidad.....	100
<i>Antecedentes del principio de proporcionalidad</i> .....	100
<i>Conceptualización del principio de proporcionalidad</i> .....	101
<i>El principio de proporcionalidad en el proceso judicial</i> .....	104
El principio de proporcionalidad en la Corte Constitucional Colombiana.....	105
<i>Test de igualdad</i> .....	107
<i>Test de razonabilidad</i> .....	108
<i>El juicio integrado de igualdad</i> .....	109
<i>El test de proporcionalidad analizado desde la perspectiva de la Corte Constitucional</i> .....	109
Aplicación del principio de proporcionalidad en el decreto de la medida cautelar innominada en la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.....	112

<i>Lineamientos para la aplicación del principio de proporcionalidad en el decreto de la medida cautelar innominada en la Jurisdicción Ordinaria Civil Colombiana.....</i>	116
<i>Juicio de proporcionalidad aplicado en las medidas cautelares innominadas.....</i>	116
Errores judiciales en la aplicación de las medidas cautelares.....	119
El error judicial en las medidas cautelares nominadas.....	119
<i>Caso No.1.....</i>	119
El error judicial en las medidas cautelares innominadas.....	123
<i>Caso No.2.....</i>	123
Responsabilidad por la indebida aplicación de las medidas cautelares Innominadas.....	125
CONCLUSIONES.....	127
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	130
ANEXOS.....	136

## LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo A. Formato de la entrevista.....	136
Anexo B. Derechos de petición.....	138

LISTA DE CUADROS

Pág.

Cuadro 1. Población y muestra.....47

## LISTA DE TABLAS

Pág.

Tabla 1. Derechos de petición a Magistrados y Jueces de la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.....	70
Tabla 2. Entrevistas a Magistrados y Jueces de la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.....	72
Tabla 3. Indicadores de las entrevistas.....	74

## INTRODUCCIÓN

El proceso es la institución jurídica por excelencia encargada de materializar los derechos sustanciales de todos aquellos que acuden a la administración de justicia, buscando una solución efectiva para sus controversias. Bajo este precepto el Código General del Proceso trae a la vida jurídica las medidas cautelares innominadas, las cuales se han convertido en el medio idóneo para asegurar los derechos de las partes, y la eficacia en el cumplimiento de las decisiones judiciales, implementando una cautela atípica cuya existencia es indispensable para llenar los vacíos normativos que no se lograban suplir con las medidas taxativas.

Las medidas cautelares innominadas son una figura aparentemente novedosa dentro de la cultura jurídica colombiana, los criterios de aplicabilidad establecidos en el artículo 590 literal C del Código General del Proceso, representan un reto para los operadores judiciales, en especial la aplicación del principio de proporcionalidad, situación que les exige una actividad más juiciosa, comprometida y responsable, correspondiéndoles equilibrar los derechos en conflicto y la amplia discrecionalidad que le otorga la cautela innominada.

En esta medida la presente investigación se formuló la necesidad de determinar los lineamientos del principio de proporcionalidad que debe aplicar el Juez para decretar la medida cautelar innominada, con el fin de lograr la tutela jurisdiccional efectiva en el proceso civil Colombiano, situación que se explicara con base a los resultados obtenidos en la prueba piloto desarrollada en la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta, y bajo el análisis de la figura jurídica de la medida cautelar y el principio de proporcionalidad, determinado por el Código General del Proceso como presupuesto para su decreto; razón por la cual, el presente proyecto de investigación se encuentra estructura en cinco (5) capítulos.

Iniciando, en el capítulo primero con la identificación del proyecto de investigación donde se indica el título, el planteamiento del problema, su formulación y sistematización, la justificación y los objetivos generales y específicos que enmarcan su finalidad.

Seguidamente en el capítulo segundo se determina el marco de referencia del proyecto de investigación donde se exteriorizan los antecedentes, las bases teóricas y las bases legales relacionadas con el tema de investigación, con el fin de establecer el estado del arte, ilustrando y encausando el trabajo de grado conforme a información obtenida en esta etapa del proyecto.

En el tercer capítulo se desarrolla el diseño metodológico, donde se expone el método de investigación, la población y muestra, junto con las técnicas de recolección y análisis de la información; en la presente investigación hacen alusión a las entrevistas y a los derechos de petición realizados en el Distrito Judicial de Cúcuta a los Magistrados y Jueces de la Jurisdicción Ordinaria Civil.

En el cuarto capítulo se exhibe el desarrollo los objetivos propuestos en el proyecto de investigación; estableciéndose el concepto general de las cautelas, la distinción entre nominada e innominadas, su regulación en Colombia junto con los antecedentes y el papel que tiene el Juez en el decreto de las medida cautelares innominadas; seguidamente se indican los presupuestos preestablecidos por el Código General del Proceso, dándole relevancia a los principios, dentro de los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad, que es desarrollado a fondo en las paginas subsiguientes, determinándose que el avance que ha tenido el principio de proporcionalidad en la Corte Constitucional Colombiana podrá ser aplicado por el Juez para el decreto de la medida cautelar innominada en los procesos declarativos, tomando como base los subprincipios que lo componen, pero complementados con las características y los fines propios de la cautela innominada. Por tal motivo, se proponen en el presente proyecto de investigación el establecimiento de unos lineamientos en cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad, conforme a la



naturaleza, funcionabilidad, y finalidad de la cautela innominada en Colombia; logrando así la concientización de los Jueces Civiles en la utilización y aplicación idónea de las cautelas innominadas y cumpliendo con la finalidad garantista que desde 1991 se viene desarrollando con la constitucionalización del derecho.

## IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO

### Título

El principio de proporcionalidad en las medidas cautelares innominadas como garantía a la tutela jurisdiccional efectiva en la Jurisdicción Ordinaria Civil Colombiana. Un estudio desde la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.

### Planteamiento del problema

El proceso ha sido la institución jurídica que se ha encargado de materializar los derechos sustanciales de quienes acuden a la administración de justicia, en busca de una solución efectiva de sus controversias; es así como el legislador vio la necesidad de implementar las medidas cautelares para asegurar el cumplimiento del fallo que pone fin a un proceso declarativo, debido a que su extensa duración se convertía en una excusa para que el demandado hiciera caso omiso a las disposiciones adversas a su pretensión.

Razón por la cual, el Código de Procedimiento Civil implementó las medidas cautelares como herramientas para asegurar los derechos de las partes y la eficacia en el cumplimiento de las decisiones judiciales, haciendo la salvedad de que sólo se decretarían las consagradas taxativamente; el legislador temía que al no existir certeza sobre los derechos pretendidos, el decreto de este instrumento pudiese causar serios perjuicios a la parte afectada, encontrándose el Juez limitado a decretar sólo las autorizadas por la normatividad; siendo estas insuficientes para resguardar todos los supuestos de hecho no contemplados en la Ley. Con la expedición del Código General del Proceso se decide romper con los paradigmas y

la dominante influencia del principio de taxatividad y traer a la vida jurídica colombiana las medidas cautelares innominadas, cuya existencia es indispensable para suplir los vacíos normativos que no se lograron llenar con las medidas taxativas consagradas en el Código de Procedimiento Civil.

En esta medida, los Jueces cuentan en la actualidad con un poder cautelar genérico que les exige una actividad más juiciosa, comprometida y responsable, toda vez que en sus manos está la aplicación correcta de la medida cautelar innominada, conforme a los criterios establecidos en el literal c) numeral 1) del artículo 590 del Código General del Proceso, dentro de los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad objeto de estudio del presente proyecto de investigación, el cual ante el enorme margen de acción de las cautelares innominadas y el desarrollo impreciso que la Corte Constitucional le ha dado, propicia que el Juez lo interprete de forma errónea, ya que su análisis está supeditado a los conocimientos del Juzgador.

Por lo anteriormente expuesto, es necesario retomar la importancia de la medida cautelar en Colombia, observando los criterios que deberán ser tenidos en cuenta para su decreto, en especial el principio de proporcionalidad, garante de derechos fundamentales como la igualdad de las partes y el derecho de defensa, tanto para los intervinientes en el proceso, como para los terceros que se vean afectados por la ejecución de dicha medida.

Escenario que será analizado acorde a los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas en la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta, teniendo como finalidad establecer, si los funcionarios públicos conocen qué es una medida cautelar innominada, los criterios para su decreto y la naturaleza, funcionabilidad y aplicabilidad del principio proporcionalidad; además, si desde la entrada en vigencia del artículo 590 del Código General del Proceso han decretado una cautela innominada; toda vez, que la novedad de la figura jurídica representa un problema para su ejercicio adecuado, pudiendo ocasionar desmedros en los

derechos de la parte que las soporta y conllevar a la expedición de providencias sin la debida argumentación, siendo necesario examinar la institución procesal de la medida cautelar innominada en Colombia y la aplicación del principio de proporcionalidad como presupuesto base para su decreto.

#### Formulación del problema

¿Cuáles son los lineamientos del principio de proporcionalidad que debe aplicar el Juez para decretar la medida cautelar innominada en el proceso civil colombiano, con el fin de lograr la tutela jurisdiccional efectiva?

#### Sistematización del problema

¿Cuál es la naturaleza de las medidas cautelares innominadas, como garantía para la tutela jurisdiccional efectiva en el proceso civil Colombiano?

¿Cuáles son los criterios que establece el Código General del Proceso para la aplicación de las medidas cautelares innominadas?

¿Cuáles son los lineamientos del principio de proporcionalidad desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina para lograr la tutela jurisdiccional efectiva?

## Justificación

Las medidas cautelares atípicas o innominadas dan un giro a la realidad jurídica colombiana, al depositar en cabeza del Juez Civil la responsabilidad de decretar cautelas no previstas por la Ley, cuando este las considere necesarias para amparar los derechos sustanciales de las partes, por ello es indispensable el correcto y justificado análisis de cada uno de los criterios establecidos por el Código General del Proceso, primordialmente del principio de proporcionalidad, al contextualizarse dentro del proceso civil como un pilar procesal orientador del actuar del Juez. En función de este principio el Juzgador podrá determinar según las pretensiones, pruebas y características propias del caso, si la medida que se va a imponer es idónea, necesaria, y proporcional con los fines propios de la cautela, los cuales no pueden rayar en la arbitrariedad y en la desprotección total del demandado.

Sin embargo, ante la inexactitud y el enorme margen de acción de la proporcionalidad, y frente a la posibilidad que las decisiones judiciales extralimiten los parámetros legales y constitucionales preestablecidos, es necesario realizar un análisis del principio de proporcionalidad, conforme a su naturaleza e implementación en la doctrina y la Corte Constitucional Colombiana, ya que gracias a esos juicios se ha logrado definir la intensidad de la intervención de un derecho y sus grados de importancia; siendo viable la aplicación del principio de proporcionalidad en materia procesal civil, acorde a los subprincipios establecidos por el Tribunal Constitucional.

Conforme a lo anterior, es imprescindible indagar en los Juzgados Civiles, y en el Tribunal Superior Sala Civil del Distrito Judicial de Cúcuta, el conocimiento, manejo, y funcionalidad que le han dado estos operadores judiciales al principio de proporcionalidad en el decreto de la cautela innominada, lo cual servirá de base para establecer la necesidad de implementar lineamientos dentro de los subprincipios que conforman la proporcionalidad, de acuerdo a su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, pero enfocados en el marco de las cautelas innominadas como

presupuestos guías del actuar jurisdiccional del Juez, y como una herramienta apta para que las decisiones judiciales en materia de cautelas se encuentren ajustadas a derecho, no privándose al operador judicial de la discrecionalidad otorgada por el Estado Social de Derecho.

Por ende, es necesario que el Juez Civil en el decreto de la medida cautelar innominada, se concientice del deber que tiene de utilizarla y aplicarla de forma idónea, ya que la incorrecta interpretación de esta cautela puede generar graves perjuicios en los derechos de las partes, no garantizando la tutela jurisdiccional efectiva perseguida por la institución jurídica del proceso.

## Objetivos

### Objetivos generales

Determinar los lineamientos del principio de proporcionalidad que debe aplicar el Juez para decretar la medida cautelar innominada en el proceso civil colombiano, con el fin de lograr la tutela jurisdiccional efectiva.

### Objetivos específicos

Analizar la naturaleza de las medidas cautelares innominadas, como garantía para la tutela jurisdiccional efectiva en el Proceso Civil Colombiano.

Identificar los criterios que establece el Código General del Proceso para la aplicación de las medidas cautelares innominadas.

Identificar los lineamientos del principio de proporcionalidad desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina para lograr la tutela jurisdiccional efectiva.

## MARCO DE REFERENCIA

### Antecedentes

De las medidas cautelares innominadas un estudio sobre el principio de proporcionalidad y razonabilidad como límites a la potestad cautelar del Juez, tesis desarrollada por Jenny Carolina Buitrago Castillo para optar al título de abogado en la Universidad Católica, Colombia, publicado en el año 2015. La presente tesis tuvo por finalidad, el análisis del artículo 590 del Código General del Proceso que estableció en Colombia la medida cautelar innominada para los procesos declarativos, examinándose su naturaleza, utilidad y objetivo, e igualmente aquellos presupuesto indicados por el legislador para su decreto, lo cuales parecen ser insuficientes para contrarrestar la presencia de una poder cautelar genérico, y de amplias características, lo que puede ocasionar el robustecimiento de los poderes del Juez, en detrimento de los derechos de las partes que intervienen en el proceso civil.

Cautela y contracautela en el proceso civil, tesis desarrollada por Juvenal Gallardo Miraval para optar al grado de magister en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, publicado en el año 2000. La presente tesis se desarrolló con base a la medida cautelar en el proceso civil peruano, y su contraposición con la contracautela, es decir la caución como medio resarcitorio de los daños ocasionados con la medida impuesta, en busca de realizar aproximaciones novedosas sobre la naturaleza jurídica de la misma.

Las medidas cautelares innominadas: un estudio sobre la naturaleza de la decisión judicial, interpretativa o discrecional, trabajo de pregrado desarrollado por María Isabel Velasco Gómez, en la Universidad Católica de Colombia, en el año 2015. En este trabajo se realiza un análisis de las medidas cautelares innominadas,



con el fin de establecer si su decreto se ciñe a los lineamientos de la norma, la interpretación de la misma, o a la discrecional del operador judicial.

Aplicación de medidas cautelares atípicas o innominadas en procesos ambientales, tesis desarrollada por Felipe Andrés Molina Saavedra para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales en la Universidad Austral de Chile, Valdivia, publicado en el año 2011. La presente tesis se basa en la realidad jurídica procesal debido a la escasa aplicación de la medida y la necesidad de aplicarla en materia ambiental, estableciendo así la importancia de que la actuación del juez se da en el momento oportuno evitando que el daño al finalizar el proceso sea irreversible.

Evelyn Morales. (2008). Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano. *Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas*. (4). 503-525. Artículo que analiza la normativa legal que regula la figura de las medidas cautelares innominadas y la función del juez dentro del sistema procesal civil venezolano.

## Bases teóricas

### *Medidas cautelares nominadas.*

Siendo necesario en la presente investigación abordar inicialmente el concepto de medidas cautelares, antes de emprender el estudio de las medidas innominadas, ya que son instrumentos implementados por el legislador para hacer posible y real el contenido de la sentencia final, en función de principios constitucionales como la igualdad de las partes y la tutela jurisdiccional efectiva; llevando no solo a satisfacer un interés privado, sino a la vez público, es decir que, como lo expresa Couture (citado en López, 2012) "cuando el Estado pone su actividad al servicio del acreedor del peligro, no solo actúa en defensa o satisfacción de un interés, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad", (p. 1091) generando en los justiciables la

confianza para ejercer su derecho de acción ante la Jurisdicción Ordinaria, como garantía a sus derechos subjetivos.

Por tal motivo, el legislador implementó la figura de las medidas cautelares nominadas con la finalidad de re-establecer la necesidad del asociado de acceder a la administración de justicia, colocando a disposición del Juez este instrumento, que tiene por finalidad la adquisición de una sentencia final o definitiva compuesta por los mismos supuestos de hecho y de derecho conocidos al inicio del proceso, o como es señalado por Velasco, (2015) "las cautelas son el instrumento intimidatorio de la controversia judicial: le ofrece seguridad al juez que se disputan derechos en serio, al demandante la certeza que sus pretensiones son objeto de amparo, y al demandado, la disuasión para su allanamiento" (p. 11).

Al respecto, Colmenares (2011) expresa que:

Las medidas cautelares, la doctrina le ha dado distintas denominaciones, pero todas obedecen a la misma naturaleza, fin y características de la institución estudiada. En efecto, se conocen con los siguientes nombres: "procedimientos cautelares" "medidas provisionales de cautela o de ejecución", "garantía jurisdiccional con finalidad cautelar", "providencias cautelares", "sentencias cautelares", "medidas provisionales de seguridad", "medidas precautorias", "medidas de garantía", y acciones preventivas" (p.60).

Evidenciándose que, a pesar del sin número de nombres establecidos para esta figura, el legislador y los doctrinantes han conservado la naturaleza y funcionalidad de la misma, en estudios que datan de historicidad. Dicha naturaleza y funcionalidad van encaminadas a que las partes intervinientes en un proceso puedan solicitar ante el Juez competente una serie de cautelas contempladas en la normatividad, con el fin de que se conserven los derechos subjetivos de los mismos, y a su vez se impida la existencia de una sentencia ilusoria, por ende cuenta con una doble funcionalidad, al servicio del interés privado y del interés público, en aquellos casos donde la tardanza

del proceso sea insostenible y coexista con actos maliciosos por parte de los intervinientes.

Estos actos procesales están ligados al proceso inicial, contando con un carácter provisional y precautorio, no generando con su existencia un proceso adicional, simplemente son implementadas dentro del proceso de origen y sus disposiciones son revocadas por la providencia final; en cambio, autores como Podetti (1995), manifiestan que "son autónomas en su unidad conceptual, en cuanto no son una dependencia o un accesorio de un proceso determinado, sino un complemento funcional de cualquier tipo o especie de proceso", (p.19) destacándose que la posición del autor no es disconforme con lo señalado, ya que a pesar de estar sujetas al proceso principal o, a su iniciación, en su integridad son autónomas, puesto que son desarrolladas bajo criterios distintivos a los dispuestos para la sentencia resolutive o de condena, es decir que dentro del mismo no se debaten los derechos controvertidos, sino la prevalencia de una sentencia final cargada de validez y eficacia.

La medida cautelar nominada tiene un carácter de instrumentalidad, consistente en que esta no es un fin en sí misma, simplemente es una herramienta usada por el operador judicial para colaborar con el éxito de la providencia principal, y que posiblemente el solicitante de la medida obtenga una decisión favorable para su pretensiones, (Calamandrei, 1984) es así como este carácter ubica a la medida como una herramienta no universal, sino de uso provisional y especial, que subsana las falencias ya señaladas en el proceso, y que a pesar de afectar los intereses sobre quienes recae la cautela nominada, su saber es la de garantizar los derechos subjetivos, sin castigo alguno.

Por ello, expresa Calamandrei (1984) que:

Representan una conciliación entre dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas

pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. (p. 43)

En consecuencia, creado un ámbito de seguridad para los derechos de los intervinientes que se puedan ver vulnerados, se le proporcionara el tiempo adecuado al Juzgador para que desarrolle el debate jurídico en concreto, sin la preocupación de que dichos derechos se pierdan con el transcurso del tiempo, evitando la producción de daños irremediables en los derechos de la parte afectada en el proceso.

Así que, la medida cautelar es un seguro provisional para el Juez y las partes intervinientes, que le da a la controversia de fondo, la confianza suficiente para desarrollar de manera completa los concatenados actos procesales concernientes al proceso ordinario, sin las repercusiones de su tardanza, obteniendo que el fallo que da por terminado el proceso sea eficaz, o como lo menciona Calamandrei, (1984) "tiende a conseguir que la actuación de la Ley, contenida en la providencia definitiva, pueda operar sobre el mismo estado de hecho sobre el que operaría en el momento de la demanda judicial." (p. 44)

En Colombia, las medidas cautelares taxativas en materia civil fueron implementadas inicialmente en el Libro Cuarto del Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil y posteriormente por el artículo 590 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, siendo concebidas y analizadas por la Corte Constitucional (Sentencia C-054,1997):

Como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho, o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la

actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado. (p.01)

Adicionalmente esta Corporación, ha señalado en su reiterada jurisprudencia que la medida cautelar tiene fundamento Constitucional, en derechos como el acceso a la justicia y a la igualdad, debido a la necesidad de establecer medidas que prevengan las afectaciones de los derechos controvertidos dentro del proceso ordinario, evitando que la decisión judicial sea ilusoria, y convirtiendo a la institución de la medida cautelar en una herramienta para los operadores judiciales y los intervinientes que preserve el equilibrio procesal, la efectiva administración de justicia y por ende la tutela jurisdiccional efectiva.

#### *Medidas cautelares innominadas.*

El Código General del Proceso en el inciso 1), literal C) del artículo 590, trae consigo una novedosa institución aplicable a los procesos declarativos, las medidas cautelares innominadas o atípicas, estas tienen por característica que al no ser taxativas, el juez podrá decretar, practicar, modificar, sustituir o revocar en ejercicio de su potestad discrecional la medida que considere razonable para el caso concreto, con el fin de proteger los supuestos de hecho y de derecho objeto de la litis, evitar la consecución del perjuicio y asegurar las pretensiones de la demanda; lo cual es ratificado por Morales (2008) al mencionar que estas medidas "pueden ser adoptadas aunque no encuadren en algunos de los tipos específicamente previstos por la legislación procesal, pueden ser solicitadas y ordenadas en razón de su aptitud para asegurar provisionalmente la efectividad de un derecho entre los posibles tipos de medidas cautelares". (p. 3). Definidas por el maestro Jairo Parra Quijano (2013) como "las que no están prevista expresamente por el legislador, pero este faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte las decrete si encuentra un fundamento razonable para la protección del derecho objeto del litigio." (p.302)

Las cautelas innominadas tiene por funcionalidad la adecuación de las necesidades del proceso a aquellos supuesto de hecho no contemplados por el legislador dentro de las medidas taxativas, siendo un instrumento garantista adicional, y provisional que tendrá por finalidad que la providencia definitiva goce de eficacia, permitiéndole al solicitante requerir la medida que se ajuste a sus pretensiones, pero su decreto estará supeditado a los presupuestos establecidos por el legislador y que deberán ser observados por el Juez; del mismo modo, Molina (2011) señala que su utilidad en el proceso "se debe a que permite enfrentar situaciones completamente imprevisibles, debido a lo maleable que resulta ser, pues el juez, a través de cierta capacidad creadora, puede establecer la medida más idónea para el caso que se encuentre en su conocimiento." (p.34)

La procesalista uruguaya Klett (2014) expresa que, "el poder cautelar genérico constituye un poder implícito que deriva de los caracteres propios de la tutela jurisdiccional efectiva, al establecer el poder-deber del órgano judicial de decidir, en un tiempo razonable, acerca de la pretensión planteada, declarando el derecho de los litigantes."(p.04)

En consecuencia, el decreto de la medida innominada, esta encabeza del juez a solicitud de la parte interesada, quien deberá analizar los criterios de procedibilidad establecidos por el legislador, y de conformidad con la diversidad de circunstancias o supuestos hecho que llegan a su conocimiento, y que dificultosamente pueden estar consagrados dentro de la normatividad, determinara la procedencia o no de la medida en el caso concreto, es por ello que la cautela innominada, no difieren de la nominada, puesto que a pesar de ser taxativas cumplen la misma funcionalidad, como se mencionó con anterioridad al estar ligadas a la providencia principal en sentido de su subsidiariedad e instrumentalidad.

Rengel (1989) sostiene que:

El común vínculo de subsidiariedad que tienen las medidas cautelares nominadas e innominadas, con la providencia jurisdiccional definitiva, una construcción de la teoría general de las medidas innominadas debe partir de la complementariedad de estas con aquellas, sin menoscabo de la facultad discrecional del juez para dictarlas atendiendo a criterios de oportunidad según las circunstancias y la variedad de situaciones que presente la vida. (p.87)

Esta discrecionalidad, potestad jurisdiccional, o libertad interpretativa que posee el operador judicial, es otorgada por el legislador al implementar las cautelas genéricas, atípicas o innominadas, produciéndose un cambio de mentalidad, donde se abandona la figura del Juez espectador, confinado a realizar solo lo indicado en la Ley, es decir a decretar las medidas taxativas, para consagrarse la figura del Juez director del proceso, quien en uso de su poder discrecional podrá decretar la medida que considere más razonable y proporcional, por tanto este poder o deber dinámico cautelar, le permite acceder o modificar una cautela innominada desde una perspectiva subjetiva, para la pronto y eficaz resolución del proceso.

Sin embargo, la discrecionalidad admitida por la legislación procesal es entendida como una autorización de obrar según la razón, conciencia y prudente arbitrio del Juez, gozando de justicia e imparcialidad; rol que deberá desempeñar conforme a los mandatos constitucionales y legales, lo cual se traduce no en una discrecionalidad arbitraria, sino técnica, que podrá ser aplicada a un poder cautelar general, atribuido al operador judicial, que sin estar sujeto a la taxatividad de la Ley y en función de su saber y entender pueda decretar las que se ajusten a las necesidades del proceso ordinario, y que cumplan con los requerimientos procesales exigidos en la ley. (Rengel, 1997)

Igualmente Cañas (citado en Morales, 2008), señala que:

Los cambios operados en el área judicial, tienen necesariamente un impacto directo; en primer lugar, en la posición del juez ante el proceso; y en segundo lugar, en la posición del juez ante la ley. Ante el proceso, por mandato Constitucional, el grado de disposición del juez queda reducido a la utilización del proceso, únicamente como un medio para buscar y realizar la justicia; ante la ley, el asunto va mucho más allá, es el eje fundamental de su actuación, toca de manera directa un aspecto de mucha trascendencia, relacionado con una nueva concepción del derecho y de la justicia; la labor de juzgamiento tiene que estar encaminada al fin práctico de resolver los asuntos de fondo, es decir, a la resolución de los conflictos de intereses en forma real y efectiva, con apoyo en la verdad, la buena fe, la transparencia y la celeridad, para que sus resultados se traduzcan en bienestar social. (p.11)

Por esta razón, le es reconocido a los Jueces un poder cautelar general, ya que no solo podrá dictar las medidas taxativas consagradas en el estatuto procesal, sino que le permite según su criterio determine la utilidad, congruencia y necesidad de las medidas que considere necesarias para asegurar los resultados del proceso, evitar la consecución de daños y hacer efectivas las sentencias ejecutoriadas.

En conclusión, la potestad cautelar otorgada al operador judicial, es necesaria en ordenamientos jurídicos como el Colombiano, puesto que al permitírsele a este el uso de instrumentos que faciliten la intervención del mismo dentro del proceso, con miras a la construcción de la verdad procesal, se podrá llegar a efectuar mandatos constitucionales como la recta impartición de justicia, la celeridad del proceso, la igualdad de las partes intervinientes, e inclusive la tutela jurisdiccional efectiva; aunque al ser otorgado este amplio campo de acción deberán plagarse nuestros despachos judiciales de jueces cada vez mas juiciosos y dedicados al estudio del derecho, de acuerdo a la responsabilidad que se les ha concedido.



Señala Canelo (2014) que:

No debemos olvidar que el proceso tiene como función hacer realidad una tutela jurídica efectiva y que la medida cautelar tiene como fin el garantizar dicha ejercicio de la tutela efectiva y no de caer en el laberinto de la exagerada formalidad y la interpretación literal de las normas, sino de una interpretación inteligente y armonizada de las mismas."(p. 05)

### *Principio de proporcionalidad*

Resulta oportuno señalar que en el inciso 1), literal C) del artículo 590 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, se establece los criterios que el juez ha de tener en cuenta al momento de hacer uso de este mecanismo, como se resumirán a continuación:

- a) La cautela innominada puede solicitarse en los procesos declarativos desde la presentación de la demanda por la parte que ejerce el derecho de acción.
- b) Se le faculta al juez para decretar cualquier otra medida cautelar siempre y cuando se busque: 1) la protección del derecho que se debate 2) prevenir daños, 3) hacer cesar los daños que se hubieren causado y 4) asegurar la efectividad de la pretensión.
- c) Legitimación e interés para actuar de la parte accionante.
- d) Tener en cuenta los principios de: 1) Apariencia de Buen derecho, 2) Necesidad 3) Efectividad y 4) Proporcionalidad de la medida.
- e) El juez determinara el alcance y la duración de la medida cautelar.

f) Puede solicitar de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada (Código General del Proceso, 2012, p. 289).

En la presente investigación, solo se estudiará el criterio o presupuesto, conocido como principio de proporcionalidad, y su influencia en el decreto de la medida cautelar innominada. La proporcionalidad es definida por la Real Academia Española (2001) como "perteneciente o relativo a la proporción"; significando proporción, "disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí", es decir una relación equitativa existente entre las partes de un todo.

En el mundo jurídico dicha noción ha tenido su origen en el derecho europeo, inicialmente en el área de penal como menciona Sapag, (2008) que se tiene como "la exigencia, por un lado, de que las penas deben ser graduadas en forma proporcional al delito; por el otro, de que se establezcan con algún grado de proporcionalidad sobre la base de la importancia social del hecho y el bien jurídico protegido", (p.170) y luego en el derecho administrativo "en el que se ha convertido en un principio rector fundamental, que opera como un límite material en aquella actividad estatal que actúa sobre el ámbito de libertad de los ciudadanos", (Perello, 1997. p. 01) y finalmente al ámbito constitucional considerándose como un principio delimitador principal de la esencia de los derechos fundamentales (Sapag, 2008).

Evidenciándose la variabilidad y adaptabilidad del principio a las diferentes esferas del derecho, cumpliendo en cada una de estas un fin en común, el cual es delimitar el accionar del poder Estatal a través de su uso; teniendo en cuenta que del análisis racional y adecuado de este parámetro constitucional, el operador judicial podrá desentrañar la medida más adecuada, necesaria y proporcional, determinando el grado de afectación y satisfacción de los derechos controvertidos, sin que bajo la excusa de estarse en el ejercicio de un derecho fundamental, se invada la esfera del

contrario, ya que no son los derechos los que se encuentran en conflicto sino los límites de los mismos.

Por otro lado, Sapag (2008) define el principio de proporcionalidad como "herramienta para dilucidar el contenido esencial de los derechos fundamentales frente a una norma que los reglamenta o restrinja, y constituye, a su vez, un criterio para la fundamentación de las decisiones judiciales que versan sobre los mismos", (p.173) es decir que se utiliza para determinar si un acto estatal o una decisión emitida por sus funcionarios investidos de jurisdicción y competencia se ajusta a la constitución, comprendiendo a través del razonamiento proporcional el contenido esencial del derecho fundamental involucrado y los límites para el ejercicio del mismo sustentados en la norma superior, lo cual permitirá la emisión de un pronunciamiento conforme a derecho.

En Colombia, la Corte Constitucional (Sentencia C-022-96) expresa que este principio "sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado."(p.01)

Adicionalmente lo señala Villaverde (2008) como " la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco", (p.182) partiendo de la base de que dichos derechos fundamentales son considerados como principios, y que a diferencia de las reglas vistas como ordenes definitivas, estas decretan su realización de acuerdo a los supuestos facticos (hechos) y jurídicos (normas en contraposición), no existiendo la certeza de ser posible su ejecución; por ello se requiere solo un cumplimiento que se aproxime al mismo; es así como Alexy (2008) estipula que los principios o también llamados derechos fundamentales, "en tanto son materia de ponderación no consisten en mandatos de optimización sino más bien en mandatos a ser

optimizados. Como tal, ellos comprenden un “deber ser ideal” que todavía no ha sido relativizado según las posibilidades jurídicas y fácticas." (p.300)

En este punto, el principio de proporcionalidad cumple el papel para el cual fue diseñado, ante la contraposición de reglas o principios, y junto a la existencia de situaciones fácticas y jurídicas, deberá el Juez determinar de acuerdo a los subprincipios que lo conforman, la posible invasión de la esfera del derecho contrapuesto, la afectación del mismo y hasta qué punto es posible constitucionalmente su satisfacción; teniendo en cuenta que los límites impuestos al ejercicio conjunto y armónico de los derechos fundamentales, provienen de la misma norma superior.

Por consiguiente, solo se exige del principio o derecho fundamental una realización posible respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas, las cuales serán analizadas distintivamente por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; siendo la idoneidad y necesidad aquellas que expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, con el fin de evitar la intervención innecesaria a los derechos fundamentales; en cambio la proporcionalidad en sentido estricto, es la considerada ponderación, a la cual le corresponderá definir el grado de afectación o no satisfacción, la importancia de la satisfacción, y finalmente determinar si es de tal importancia la satisfacción del principio que vale la pena la restricción o no satisfacción del otro. (Alexy, 2008)

En síntesis este principio o regla del derecho es una técnica de interpretación utilizada para establecer una armonía entre derechos fundamentales que se encuentran en conflicto o ejercer un control sobre las normas que sean restrictivas de ciertos derechos, pero inexcusables para nuestro ordenamiento jurídico; así mismo, la existencia de este principio es necesaria para las decisiones jurisdiccionales de los jueces, quienes sometidos a criterios de interpretación razonables podrán motivar y sustentar su actuación, estableciendo su concordancia con las normas constitucionales.

No obstante, manifiesta Peyrano (2011) que "el principio de proporcionalidad, entonces, opera en dos planos. En uno funciona para determinar si existe correspondencia entre un medio elegido y una finalidad institucionalmente asegurada; en el segundo actúa para dilucidar conflictos entre derechos o valores con intensidades distintas en la especie"; (p. 7) por esta razón, en el presente estudio se tiene por finalidad, darle a este principio una importancia diferente, que no solo sea calificado como un control, o como la ponderación de un principio con otro, sino que sea el pilar principal para que el juez director del proceso decrete una cautela innominada que equilibre los derechos que se ven afectados en un caso concreto, y se le dé la seguridad necesaria al operador judicial, de que está aplicando la medida de manera justa, donde prevalezcan tanto los derechos del demandante como del demandado; es decir se busca deslumbrar la naturaleza y el alcance del principio de proporcionalidad, con respecto al poder jurisdiccional del Juez para garantizar la efectividad de la medida cautelar innominada, evitar su mala praxis y como resultado de lo anterior que el artículo en mención no quede en letra muerta.

Por lo tanto, es necesario hacer referencia a lo expuesto por Veramendi (2011) sobre la aplicación empírica de las cautelas en la realidad jurídica peruana donde:

En la práctica se ha detectado problemas jurídicos referidos a la correcta aplicación de los presupuestos de la medida cautelar, pues si bien las decisiones jurisdiccionales controlaban que la solicitud cautelar cumpla con la verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, además del ofrecimiento de contracautela; muchas decisiones judiciales no controlaban que la decisión cautelar sea adecuada (medio-fin) a la pretensión principal; no se controlaba que la decisión cautelar sea proporcional cuantitativa y cualitativamente a la pretensión principal; entre otros. Eso ha desencadenado que la medida cautelar sea utilizado en forma abusiva, como mecanismo de presión hacia la contraparte, que ha merecido una respuesta legislativa. (p.1)

Dicha respuesta legislativa se ha manifestado en un ordenamiento jurídico diferente al peruano, el cual es el colombiano, donde el legislador implemento el principio de proporcionalidad como presupuesto del decreto de la medida cautelar innominada, siendo evidente la necesidad de su existencia, puesto que con esta cautela se amplían los poderes otorgados al juez, y ya no solo bastara con determinar si se tiene legitimación, apariencia de buen derecho, efectividad de la misma, entre otros; sino que esta se encuentre dentro del marco constitucional, empleando medios idóneos, necesarios y proporcionales para obtener el fin legítimo.

Anotándose inicialmente que el principio de proporcionalidad, en materia de procesal civil, también hace referencia a derechos fundamentales, en este caso a los derechos de las partes intervinientes en el proceso judicial que pueden verse afectados con el no decreto de la cautela y con la imposición de la misma, es allí donde surge la preeminencia de este criterio, al tener en cuenta que no existen derechos fundamentales absolutos, y que en ocasiones estos se contraponen entre sí, enfrentándose a la posibilidad de ser limitados; por lo tanto el operador judicial cuenta con la proporcionalidad como instrumento de interpretación, el cual no solo buscara armonizar o compatibilizar los derechos, cuando sea posible, sino protegerá toda introspección abusiva e ilícita en la esfera del derecho, a través de la imposición de la cautela. (Carbonell, 2008)

Menciona Lizaso (2005) que se debe:

Alcanzar un difícil equilibrio entre el derecho que le asiste a todo demandante a la seguridad en el cumplimiento cabal de una eventual sentencia favorable y los derechos del sujeto pasivo a quien afecta la medida. La imposición de una medida cautelar es una determinación sumamente invasiva a la esfera jurídica del sujeto que la soporta, por lo que debe ser la menos gravosa posible, pero siempre suficiente para garantizar la efectividad de la sentencia definitiva. (p.13)

Entonces, es allí donde el operador judicial tendrá la obligación de realizar una interpretación razonable de este principio constitucional para establecer si la medida innominada que solicitan las partes es tan necesaria e idónea, que será justificable la inmersión en el derecho de la contraparte, y que de no ser así, este deberá ser objeto de indemnizaciones por los daños que pudieren llegar a causársele, convirtiéndose la medida impuesta en desproporcional, susceptible de ser impugnada por cualquier medio legal pertinente, y adicionalmente a dicha medida le corresponderá cumplir con el fin propuesto, el cual es la producción de una sentencia final con los mismos supuestos de hecho y de derecho que dieron origen al proceso; es aquí donde radica la importancia de dicho principio.

Cabe resaltar que como se expuso anteriormente, el desarrollo de este concepto ha tenido una inclinación constitucional desde la doctrina alemana; sin embargo el maestro Peyrano (2011) ha señalado al principio de proporcionalidad como una garantía de principios procesales clásicos, clasificándola en comparativa y utilitaria. En primer lugar se encuentra la proporcionalidad comparativa, utilizada para resolver conflictos entre valores y principios en controversia, a modo de ejemplo la establecida por la Corte Constitucional a través de su test de proporcionalidad, y en segundo lugar la proporcionalidad utilitaria, calificada como un juicio mediante el cual se verifica si la herramienta utilizada es la más adecuada para el fin que se desea conseguir, y es aplicable en las cautelas.

De esta manera, a través de la proporcionalidad utilitaria se podrá desentrañar si la cautela innominada usada, es idónea, necesaria y proporcional siempre y cuando se encuentra en equilibrio con el fin buscado; es por esto que los jueces no deben ser prófugos de la libertad, violando el principio de proporcionalidad, pues de esta forma se estaría formulando una decisión que no conlleva a los fines deseados para su decreto, como lo es la eficacia de la sentencia definitiva, donde se garantice la tutela jurisdiccional efectiva y la igualdad de las partes intervinientes en el proceso.

Igualmente, Peyrano (2011) expresa que "la proporcionalidad se mide también en relación con los intereses en juego; así dejara de ser funcional la medida que grave innecesariamente la situación del afectado, por el contrario, a la inversa, que no cubra adecuadamente los alcances de la sentencia a dictarse", (p.2) es decir que no solo será desproporcionada la medida que no cumpla con el fin legítimo correspondiente a la conservación de los supuestos de hecho y derecho hasta la providencia final, sino también cuando con este se le ocasionen daños irreversibles e innecesarios a la parte que la soporta.

En consecuencia, el problema actualmente no radica en la falta de desarrollo constitucional de derechos fundamentales, ni en la existencia de sistemas que impidan la satisfacción de los mismos, simplemente recae en la falta de interpretaciones jurídicas razonables y proporcionales; debido a que la existencia y uso de los novedosos parámetros constitucionales, requieren cada vez razonamientos más complejos por parte operador judicial, siendo necesario enseñar a pensar y analizar a los futuros profesionales del derecho, olvidando aquel miedo de que las decisiones jurisdiccionales emitidas gocen de subjetividad, puesto que a pesar de ello, se comprometerán a estar ajustadas a las normas superiores y a los lineamientos que estas establecen, debiéndose dejar de lado al Juez muerto, aquel que solo dedica su vida a aplicar normas taxativas sin usar su razonamiento.

### *Tutela jurisdiccional efectiva*

Ante la presencia constante de conflictos y controversias, el Estado ha creado instituciones jurídicas, por medio de las cuales los asociados podrán garantizar sus derechos fundamentales y dar solución a los litigios que se susciten accediendo a la jurisdicción con garantías mínimas para su realización, a lo que se conoce como derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, o en palabras de Gonzales (1985) "es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de



otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas." (p.27)

Lo cual no quiere decir que este derecho va encaminado a obtener una providencia acorde a lo formulado en la demanda, simplemente a la obligación que tiene el operador judicial de tramitar el proceso conforme a los actos y garantías procesales estipuladas en la Ley, y a que el producto del mismo sea resultado de una providencia que se encuentre ajustada derecho, así sea a favor o en contra de las partes interesadas. Además que no solo está relacionado con la protección de un derecho en el ámbito normativo, sino que dentro del proceso judicial existan los medios procesales idóneos y eficaces para que las partes intervinientes puedan sacar adelante las pretensiones y con ello los derechos que invocan, al ser este un derecho constitucional subjetivo que tiene toda persona, natural o jurídica, de exigir la tutela de sus intereses, siempre y cuando se encuentren ajustado y conforme a las reglas legales y constitucionales.

Es así como Gonzales (1985) manifiesta que:

El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos", (p.27)

Esta última mencionada por el autor, es la que se quiere obtener con el derecho de la cautela innominada, que las partes intervinientes, no solo puedan hacer valer sus pretensiones y derechos, sino que también al ser declarados en sentencias judiciales estos sean eficaces y se encuentren en las mismas condiciones que al inicio del litigio.

Devis (1994) expresa que " las garantías deben otorgarse en el curso de procesos o ciertas diligencias previas a estos, para responder por los perjuicios que se causen a las partes o a terceros, o por la restitución de bienes o la ejecución de ciertos actos", (p.60) podría llegar afirmarse que además de ser la cautela innominada un instrumento estipulado por el legislador para el Juez, es una garantía procesal que le es otorgada a las partes para que puedan acceder a la tutela jurisdicción efectiva de sus derechos.

En este mismo sentido, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se manifiesta con el cumplimiento y la efectiva ejecución de las providencias, por ello el legislador vio la necesidad de incluir dentro de la legislación colombiana, la figura jurídica de la medida cautelar, ya sea está nominada o innominada, con la finalidad y el objetivo inalterable de que el proceso principal logre proteger y salvaguardar los derechos de la parte a la que le pertenecen, siendo importante la existencia de las medidas cautelares en un principio para generar confianza en los asociados en el aparato jurisdiccional, con respecto a la efectividad y oponibilidad de la sentencia definitiva, y como medio para acceder a la cierta ejecución de sus derechos.

## Bases legales

### *Constitución política de 1991*

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.

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los

términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

*Ley 1564 de 2012*

*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.*

Artículo 4°. Igualdad de las partes. El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes.

Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.

2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga.

Artículo 590. Medidas cautelares en 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 hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

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

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

## DISEÑO METODOLÓGICO

### Tipo y método de investigación

La presente investigación sobre el principio de proporcionalidad en las medidas cautelares innominadas como garantía a la tutela jurisdiccional. Un estudio a la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta, cumple con las características de una investigación con enfoque descriptivo, socio-jurídico y hermenéutico, dado que comprende el estudio de las normas jurídicas y de la doctrina sobre el tema en estudio, y hace uso de medios como la entrevista para conocer la perspectiva de los Juzgados Civiles y el Tribunal Superior, Sala Civil de la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander.

Es una investigación descriptiva, pues aplica entrevistas a los Jueces Civiles Municipales, Jueces Civiles del Circuito y Magistrados de Tribunal Superior, Sala Civil, con el fin de establecer el conocimiento, la naturaleza y la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en el decreto de la cautela innominada, por parte de los operadores judiciales.

Es de tipo Socio Jurídica, ya que a partir de la regulación normativa y del marco constitucional Colombiano, se pretende establecer la viabilidad e importancia de las medidas cautelares innominadas dentro del ordenamiento jurídico nacional, así como analizar los criterios determinados por el legislador en el Código General del Proceso, en especial el principio de proporcionalidad, para el decreto de la cautela innominada en los procesos declarativos que se tramitan ante los Juzgados Civiles y el Tribunal Superior, Sala Civil de la ciudad de San José de Cúcuta, Norte de Santander.

Finalmente, es hermenéutica puesto que se realiza con base al análisis documental y doctrinal, ya que el objeto de la presente investigación es el principio de proporcionalidad a la luz del poder cautelar innominado que goza el funcionario

judicial, con el fin de establecer su naturaleza y alcance de las medidas cautelares innominadas, como garantía para la tutela jurisdiccional efectiva.

### Población y muestra

Personas	Nº
Jueces	16
Magistrados	1
Derechos de petición	6
TOTAL	23

Fuente. Kelly Paola Villamizar y Grecia Cuellar julio, 2015.

### Análisis de la información

#### *Análisis de la entrevista a Magistrados y Jueces en la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta*

Entrevistador: Kelly Paola Villamizar Torrado

Grecia Cristina Cuellar Parra

Medio de registro de la información: Audio y/o escrito.

1. ¿Conoce Usted, que es una medida cautelar innominada y que artículo la consagra?

PEDRO ALIRIO SANCHEZ. La medida cautelar innominada es una de los grandes avances que trajo el Código General del Proceso, se encuentra consagrado en el artículo 590, esta medida significa que el juez dependiendo de la situación bien sea de oficio o a petición de parte podrá adoptar cualquier medida de conservación de la cosa para evitar que se desgaste la cosa futura o que se pierda el objeto del

proceso y su finalidad es asegurar y para ello pues deberá prestar caución, para que proceda una medida cautelar innominada existen varios criterios que se debe tener en cuenta como el buen derecho, la medida, la proporcionalidad, para que no sea una medida abusiva y debe ajustarse a los parámetros que trae el artículo.

GISELLE MUÑOZ PAVA. Si, las medidas cautelares innominadas son aquellas que no son producto de creación del legislador, ni se encuentran consagradas como tal en disposiciones legales concretas actualmente están consagradas en el art. 590 literal C del Código General del Proceso.

RICARDO BLANCO RINCÓN. La medida cautelar innominada, es cualquier cautela que fuera solicitada por la parte demandante, dentro de un proceso declarativo, sin que fuera expresamente regulada por norma imperativa, con el fin de que la sentencia que a su favor pueda llegarse a dictar sea efectiva y tenga medios suficientes para hacerla efectiva. Se encuentra consagrada en el Literal C del Artículo 590 del Código General del Proceso.

JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO. Las medidas cautelares innominadas son aquellas medidas inherentes a la función de juzgar y de ejecutar lo juzgado que puede otorgar el juez en el curso del contradictorio para proteger a alguna de las partes contra una lesión a que puede estar expuesta por la prolongación. Dichas medidas se encuentran señaladas en el artículo 590 del Código General del Proceso.

MARÍA ROSALBA JIMÉNEZ GALVIS. Si, conozco que es una medida cautelar innominada, y las mismas están consagradas en el artículo 590 del Código General del Proceso, es una figura nueva dentro de la normatividad procesal, es una innovación que hace el Código General del Proceso, y que como novedad saca al juez de la taxatividad que traía el antiguo Código de Procedimiento Civil en el artículo 690, es decir que ahora aparte de las que medidas que tenemos preestablecidas en la norma, las partes o el juez de oficio puede decretar cualquier otra medida cautelar tendiente a proteger el interés jurídico de las partes dentro del proceso.



JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL. Es aquella medida tendiente a garantizar la efectividad del proceso que no se encuentra regulada por la norma procedimental de manera expresa y cuyos márgenes de aplicación son discrecionales del Juez; se crearon y consagraron a través del artículo 590 del Código General del Proceso.

NATASHKY VARGAS BAUTISTA. Si son aquellas que no están previstas expresamente por el legislador en el código, pero facultad al Juez para que en cada caso y mediante la petición de parte la decreta, si la encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión, letra C del numeral 1 del artículo 590 del CGP.

HERNANDO ORTEGA BONET. Si, lo conozco y está consagrado en el literal C del artículo 590 del CGP.

CESAR DARÍO SOTO MELO. Si, las conozco está consagrado en el artículo 590 del Código General del Proceso, es una innovación que trae el Código General del Proceso esa figura de las medidas cautelares innominadas no existía en el Código de Procedimiento Civil.

JUZGADO SEPTIMO CIVIL MUNICIPAL. No.

MARTHA COLLAZOS SALCEDO. Si eso es de conocimiento general para los que administramos justicia, en efecto una medida innominada es la novedad o una de las grandes novedades que trae el Código General del Proceso, porque recordemos que hasta el momento las medidas cautelares habían sido taxativas y el Código de Procedimiento Civil contemplaba solamente tres medidas cautelares, esto es el embargo y secuestro, y la inscripción de la demanda para los procesos

ordinarios; pues bien el legislador en el Código General del Proceso ha querido dar un paso adelante poniéndose a tono con el contexto internacional en tratándose de medidas cautelares y dado una potestad genérica cautelar a los Jueces de la República, la cual ínsito no tenían, eso está contemplado en los artículo 589 y 590 del Código General del Proceso.

SHIRLEY MAYERLY MOGOLLÓN. Las medidas cautelares innominadas son aquellas que no están taxativamente contempladas en la norma y que van dirigidas a garantizar la efectividad, pues de las pretensiones de la demanda. Que artículo exactamente, no recuerdo el número del artículo.

CAROLINA SALAMANCA. La medida cautelar innominada o atípica se trata de aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero este facultad al Juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decrete si la encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar la consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión, la consagra el artículo 590 del CGP numeral 1 del literal C.

## 2. ¿Actualmente el artículo en mención se encuentra vigente?

PA. Si se encuentra en vigencia porque desde que entró en vigencia el Código General del Proceso de manera escalonada en el año 2012 dejo claro que si se encuentra vigente.

GMP. Se encuentra vigente, toda vez que el propio CGP, dispuso en su art. 627 Numeral 4, la entrada en vigencia para este y otros artículos a partir del 01 de octubre de 2012.

RBR. Si, de manera clara el Numeral 4º del Artículo 627 del Código General del Proceso regula su vigencia a partir del 1 de octubre de 2012.

JSCC. Si, y este es aplicable en los procesos declarativos, ya que prevé: a. La inscripción de la demanda, b. Secuestro de bienes, c. Embargo.

MRJG. Si, el artículo 590 del Código General del Proceso se encuentra en vigencia a partir del mes de octubre de 2012.

JPCM. El artículo 590 del CGP se encuentra vigente desde el primero de octubre de dos mil doce, de conformidad con el artículo 627 numeral 4 sobre vigencias del CGP.

NVB. No.

HOB. Si.

CDSM. El artículo aún no se encuentra vigente en el Distrito Judicial de Cúcuta, por eso no se le está dando tramitación actualmente, solo están operando algunos artículos y dentro de estos vigentes no está el de medidas cautelares innominadas.

JSCM. No, lo conozco el artículo.

MCS. Se encuentra vigente a partir del año 2012, es decir, dentro de la primera vigencia del código, es decir, a partir del 1 de octubre de 2012.

SMM. Si está vigente en la actualidad, si está vigente, las medidas cautelares innominadas si están vigentes actualmente, el punto, lo que pasa, es que los abogados no tiene conocimiento de estas medidas y no las solicitan.

CS. Si se encuentra vigente.

3. ¿Considera Usted necesaria la medida cautelar innominada?

PA. Si es necesaria la medida cautelar innominada, porque hay circunstancias que las medidas taxativas en el código no pueden operar, ejemplo si hay un inmueble que amenace ruina y que ponga en peligro el inmueble de al lado,

generando una responsabilidad civil extracontractual según el artículo 2350 del Código de Procedimiento Civil, entonces que hay que esperar que me cause un perjuicio, no lo que se debe hacer es presentar la demanda y solicito una medida cautelar innominada para que se suspenda la obra y no se causen perjuicios, ósea es una forma muy particular para proteger los derechos tutelados por la ley sustancial.

GMP. Considero que la posibilidad de que existan este tipo de medidas cautelares, permiten que una eventual sentencia favorable al demandante sea efectiva y sobre todo garantiza la protección de los derechos que están en juego de una forma real, inmediata e inclusive al ser decretadas antes de una decisión de fondo pueden prevenir situaciones que por distintos factores no pueden esperar a que se produzca el fallo.

RBR. En definitiva es imperioso que se le permita al demandante solicitar medidas cautelares en procesos declarativos, situación que ya se venía presentando con la anterior regulación, para que no llegasen a tener una sentencia de las llamadas, de papel; y considero que la amplitud del legislador es importante en la medida de que existen procesos que por su órbita especialísima deben contar con medidas cautelares de esta misma categoría; sin embargo, la mayoría de estos procesos tienen una regulación al respecto, como por ejemplo las medidas cautelares en procesos de libre competencia y protección a la propiedad industrial, en donde encontramos medidas como la incautación de mercancía y medidas de fronteras, que no por el hecho de ser desconocidas, dejen de ser nominadas; por lo cual, más que necesarias, considero que pretende dar el derecho de igualdad al accionante, en el entendido de buscar a toda costa la ejecución de su fallo favorable, igual que pasa en otros procesos declarativos de naturaleza especial.

De igual manera se debe tener en cuenta que estas medidas, de las que hablo, al ser utilizadas por fuera de su órbita especial, pueden llegar a considerarse innominadas, y en esta esfera, en definitiva es necesaria la expansión por parte del legislador, a la utilización de estas, en toda clase de procesos declarativos.

JSCC. Si es necesaria ya que por ejemplo en un proceso Divisorio donde se dispute la división de un predio, con el nuevo régimen de las medidas cautelares innominadas el demandante puede solicitar al Juez que decrete como medida cautelar la construcción de una cerca entre el predio y el del colindante, conforme con el artículo 904 C.C.

MRJG. Si muy necesaria y útil en el trajinar procesal, porque es una medida que se aplica para cada caso concreto y teniendo en cuenta la diversidad de escenarios jurídicos que se presentan actualmente el Juez o las partes pueden buscar una medida cautelar que se ajusten a cada caso concreto y que proteja el interés de las partes.

JPCM. Las medidas innominadas son una herramienta que le permite al Juez actuar en función de las necesidades específicas del proceso, ejerciendo positivamente su facultad como director del proceso en búsqueda de justicia, hacer efectiva su decisión a veces se ve limitada por no hallar una que sea satisfactoria, y es allí donde son necesarias las medidas innominadas.

NVB. Si es innovadora y podría ser positiva para la parte demandante.

HOB. Si, dejan de ser taxativas con los procesos declarativos y ofrece un mayor campo de acción.

CDSM. Sí, porque van a operar en procesos más que todo de conocimiento, va a ser una garantía para el demandante y si era necesario hacer esa innovación.

JSCM. No respondió.

MCS. Esa es una pregunta bastante interesante, fíjese, porque hasta ahora han sido años que desde del Código Judicial, del Código de Procedimiento Civil se han venido utilizando las tres medidas cautelares y aparecieron que han sido suficientes, mas sin embargo el legislador considero que hay circunstancias que solo el Juez puede ponderar, y en las que solo el Juez puede decidir qué medidas efectivizan la sentencia; en ese orden de ideas me parece que si es necesario, aunque representa un problema y de allí las críticas que se han presentado es que esta clase de poder o

potestad genérica cautelar; yo pensaría que si es necesario insisto, en la medida que hay un proceso verbal, recordemos que ya los procesos ordinarios y abreviados no existen, y en ese causen procedimental se van a resolver N cantidad de litigios, claro hay los procesos que son especiales y que el legislador ha querido, que son del mismo tipo cierto, que es la misma temática; mas sin embargo lo que yo te quiero decir que en esa apertura, que en ese tipo de procedimientos se van a llevar gran cantidad de litigios, no sabemos a qué nos vayamos a enfrentar, y precisamente es una herramienta muy valiosa para el Juez poder tomar una medida que en verdad garantice que se haga efectiva la sentencia y que se mermen o que se deje de causar daño si es que se parte de los criterios que el mismo artículo 590, no está diciendo que es que haya verosimilitud en el derecho y haya una necesidad apremiante de protegerla, entonces en ese orden de ideas es necesario.

SMM. Sí, es una buena medida de garantizar la efectividad de las pretensiones de la demanda o la resistencia en determinado momento.

CS. Por lo anteriormente dicho es posible que las partes requieran la garantía procesal que brinda la medida cautelar innominada, dependiendo de lo que se requieran dentro del caso en concreto.

4. ¿Qué criterio tendría en cuenta para el decreto de la medida cautelar innominada?

PA. Mediante un auto que decretamos hace poco en el tribunal enunciamos los criterios que se deben utilizar, pienso que el criterio más importante es el del buen derecho, pues el juez debe tratar al decretar una medida cautelar innominada de evitar un perjuicio mayor para el afectado con la medida y también debe proteger el derecho del que solicito la medida ósea que debe tomar una decisión muy justa para no caer en abuso.

GMP. La normatividad establece unos requisitos o presupuestos a saber; legitimación, existencia de la amenaza o vulneración del derecho, apariencia de un buen derecho, necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

RBR. Si a lo que se refiere la pregunta con “criterio” es alguno de naturaleza doctrinal o jurisprudencial, no es de mi conocimiento que exista una diversidad en los mismos, por lo reciente de la regulación y su uso medio, precisamente por cuanto hay muy pocas que dejen de ser nominativas.

Ahora si a lo que se refiere la pregunta es a criterio, en cuanto a puntos a tener en cuenta; la norma regulatoria de este tipo de medidas habla de la apariencia de buen derecho, así que de manera personal considero que se debe estudiar que la medida solicitada sea razonable, que tenga relación con las pretensiones de la demanda, que no desborden lo que eventualmente se fallaría, incluso ha de observarse el porcentaje a su favor con el que cuente el demandante, ya que no estaría bien otorgar una medida a una parte que a grandes rasgos posea una muy pequeña probabilidad de triunfo. Algunas veces los procesos dan giros insólitos en su trámite, pero la mayoría de las ocasiones, siguen la tendencia que desde el principio se mostró.

JSCC. Que la petición se ajuste a derecho cumpla con las ritualidades legales y se solicite en un proceso declarativo, conforme así lo menciona el artículo 590 del CGP.

MRJG. Para el decreto de la medida cautelar innominada la misma norma indica los criterios que el Juez debe tener en el literal C del artículo 590 del Código General del Proceso prevé que el juez debe al momento de decretar la medida debe tener en cuenta la eficacia de la medida, el interés de la parte que la solicita, el principio de proporcionalidad que se ajusté al caso concreto y que verdaderamente proteja el interés de la parte sin que cause un perjuicio a la parte contraria.

JPCM. Los criterios establecidos en la normatividad (legitimación o interés para actuar de las partes, la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida).

NVB. Que no perjudique gravemente a la parte contra la cual se decreta y que sea necesaria para decretarla.

HOB. Conforme se establecen en la norma.

CDSM. En cuanto al criterio para el decreto de esta medida el mismo Código General del Proceso, le dice al Juez que debe tener en cuenta creo que nombra el principio de buen derecho o algo así, no estoy seguro.

JSCM. No respondió.

MCS. La misma norma no lo está diciendo, de hecho la norma plasmo lo que doctrinalmente y en derecho comparado se ha conocido como peligro en la mora y el humo del buen derecho, o la verosimilitud del derecho, esos son los criterios, la misma norma te lo está dando para tomar la decisión, yo como tu tengo muchas dudas respecto a la figura, porque fíjate que hasta el momento no he tomado la primera decisión sobre medidas innominadas, no sé porque si está vigente desde el 2012, hasta ahora ningún proceso han tomado la decisión, mas sin embargo siempre para volver a tu pregunta, siempre que se trate de medidas cautelares el Juez tiene que hacer un ejercicio muy juicioso, porque recordemos que aquí no se ha tomado una decisión definitiva y por eso precisamente el legislador está marcando las pautas, oiga Juez, ojo no es en todas las oportunidades, mire usted que hay verosimilitud en el derecho, es decir que hay un grado epistemológico de conocimiento un poco mayor a la posibilidad, que es la probabilidad de que esa persona tenga el derecho. Probabilidad parte epistemológicamente hablando parte de un análisis que se hace, es un grado poco mayor de conocimiento del que hay en una situación de posibilidad, la probabilidad indica argumentos serios; y en ese orden de ideas el legislador están dando las pautas de como Juez, de que es lo que tienes que mirar, el código es muy claro, y esto en post de evitar situaciones arbitrarias y tocadizas por parte del Juez, mire señor Juez usted tiene que mirar esto, que haya verosimilitud del derecho, que haya absoluta necesidad de especificismo de si no se toma la medida ahorita los daños van a ser catastróficos, para la persona va ser una ganancia pírrica, va a ganar el proceso pero va a perder, básicamente eso es lo que ha querido el legislador, cierto.



SMM. Para hacer efectivas las medidas cautelares innominadas pues hay mirar que busca esa medida cautelar, si realmente garantiza o busca proteger derechos que por alguna medida cautelar taxativa no se pueda cubrir o no se pueda garantizar, entonces qué medidas, que criterios sería, pues ahí tendría que mirar cada caso en concreto para verificar si prospera o no prospera.

CS. Según el ordenamiento procesal civil se deberá tener en cuenta la legitimación o interés de las partes, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, pudiendo oficiosamente decretarse una menos gravosa o diferente a la solicitada, teniendo también en cuenta la necesidad de determinar su duración.

5. ¿Que conoce Usted del principio de proporcionalidad?

PA. El principio de proporcionalidad lo que nos indica ponderar las posibles causas o consecuencias que podrá tener hacia futuro esa medida y que pueda ser utilizada con el principio de buen derecho.

GMP. Respecto del principio de proporcionalidad considero que los operadores judiciales, partiendo del caso concreto deberán ponderar la situación planeada por el demandante, siempre teniendo como criterio, causar el menor daño posible al demandado. Es de resaltar que la medida debe ser dirigida a proteger el derecho que está en litigio sin transgredir los derechos de los demás, es decir, aquella innecesaria o exagerada no puede ser procedente.

RBR. Tengo entendido que es precisamente esa ponderación entre la posibilidad que tenga el demandante y la que tenga el demandado, en la medida de que la medida a decretarse deba ser proporcional a lo que sería el eventual fallo, partiendo de las pretensiones propuestas.

JSCC. El principio de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la

proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente importantes.

MRJG. El principio de proporcionalidad es un juicio de valor que debe hacer el Juez cuando se encuentran enfrentados varios principios o derechos fundamentales, es un principio que debe aplicarse juiciosamente en el decreto de la medida cautelar innominada para efectos de que la medida no desborde la autonomía ni los límites que tiene el Juez, que no valla a causar ninguna afectación a las partes y que esta medida sea eficaz.

JPCM. El principio de proporcionalidad es aquel por el cual al momento de alcanzar un fin se escoge y adecuan los medios necesarios para conseguirlo con el máximo cuidado de no vulnerar los derechos y garantías mínimos, teniendo en cuenta aquellos que existen y son necesarios en función de la importancia del principio afectado a salvaguardar.

NVB. No respondió.

HOB. Respecto a estas medidas cautelares se tendrán en cuenta las pretensiones frente a las medidas solicitadas, es decir, que haya una proporción directa entre lo pretendido y la cautela.

CDSM. Es uno de los requisitos que hay que tener en cuenta para decretar esas medidas cautelares, para buscar el equilibrio de las partes para no llegar a vulnerar derechos fundamentales.

JSCM. Consiste en que el Juez o legislador tiene que tomar una decisión adecuada al caso en particular que les ocupe.

MCS. Mira, yo vengo de ser Juez penal y allá si, por supuesto se tiene la oportunidad de trabajar todos los días con eso, mi experiencia como Juez Civil comenzó en septiembre del año pasado y ha sido muy poca para trabajar el tema de proporcionalidad, acá guardando proporciones y haciendo a parte el tema de las tutelas que obviamente si requiere un ejercicio de ponderación, que conozco sobre

el tema del principio de proporcionalidad es una herramienta valiosísima y mira que a propósito de lo que veníamos hablando, en cuanto a las críticas que se le ha hecho a la potestad genérica cautelar que se le ha dado al juez, que estriban en la posibilidad de que el juez sea arbitrario precisamente es esta una de las herramientas que tiene el juez, la proporcionalidad, el legislador se lo está diciendo haga una ponderación, proporcionalidad, ósea que se hace mediante esta herramienta del estudio de la proporcionalidad, básicamente tu estas entre la tensión de dos derechos, cierto y lo que tienes que hacer es ponderar y decir bueno, ojo como cumpla con los fines de la medida, como los cumpla causando el menor daño posible a la otra parte porque es que estamos entre dos derechos, cierto, hay alguien que tiene la titularidad del derecho y alguien que la debate, demandante y demandado, bueno como hago yo, para que si esta persona demandante desde el principio me está diciendo con probabilidad de verdad, con verosimilitud en su derecho, yo tengo este derecho como hago frente al otro que si tiene los papeles, que si tiene todo en orden por decirlo así, precisamente se acude entre otras cosas al ejercicio de determinar la proporcionalidad, de allí se derivan criterios de necesidad de menor lesión a los derechos etcétera, total no se debe perder de vista el fin que se está buscando y si le fin se logra con la menos injerencia posible en el derecho del otro, entre menos se lastime el derecho del otro, es mucho mejor y para eso es la proporcionalidad.

SMM. Constitucionalmente el principio de proporcionalidad va dirigido a determinar si una medida es justa y necesaria para obtener un fin adecuado.

CS. Precisamente, el principio de proporcionalidad de la medida cautelar se trata de que dicha medida cautelar, debe ser en armonía con la necesidad, el alcance de la misma y su duración, pues si bien se trata de una garantía para la parte que la solicita, también se debe garantizar el derecho y el debido proceso a quien se le impone la medida.

6. ¿De qué forma aplicaría Usted el principio de proporcionalidad?

PA. Utilizaría un test, es decir una serie de preguntas de las posibles consecuencias que pueda acarrear esa medida cautelar y también de las bondades que pueda tener para el que solicito la medida y entraríamos a utilizar una especie de Matritio o Factio para establecer ventajas y desventajas y tomar una decisión acertada.

GMP. No respondió

RBR. Este principio, así como todos los que regulan este tema en específico, creo que debe ser aplicado haciendo un estudio juicioso de la demanda y sus anexos; ósea, realizando una real proyección de lo que posiblemente suceda en el proceso, y esto solo se logra a través de la interpretación no solo de lo descrito en la demanda, sino su concerniente comprobación a través de los medios probatorios, documentales en su mayoría, para encontrar el grado de favorabilidad para cada parte, y de esta manera decretar lo que a bien se considere, proporcionalmente, al análisis realizado.

JSCC. Lo aplicaría para evitar la utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerles exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos.

MRJG. Haciendo un juicio de valoración sobre la pertinencia, la conducencia, la subsidiaridad y la eficacia de la medida cautelar que me están solicitando o que de oficio yo considere necesario aplicar.

JPCM. Se realiza un juicio o test de proporcionalidad de la misma manera que lo aplica la Corte Constitucional revisando los elementos de finalidad, idoneidad y necesidad.

NVB. No respondió.

HOB. Factor cuantía.

CDSM. No son diferentes pues está avanzando la constitucionalización del proceso, son iguales pues es una ponderación.

JSCM. No respondió.

MCS. Básicamente es eso, es un ejercicio interesante la corte constitucional nos ha dado pautas a los jueces, no es fácil el ejercicio de un juez no es fácil para nada, porque fíjate y sobre todo civil porque hay un a pegamiento a las normas y de aquí, de este trabajo de investigación que estas acometiendo se van a generar una serie de dudas gigantescas, porque es que aquí, pregúntate, esto es una patente de corso peyorativamente hablando, te está abriendo la puerta para que como juez tomes cualquier medida, pero cualquier medida cual es, jurídica?, o extrajurídica? o que, es decir tiene que estar en el Código Civil, en el Código de Comercio o dónde?, de allí que no se debe perder de vista la utilización del principio de proporcionalidad, porque es que, hay que situarnos y hay que nunca olvidarlo, no se puede olvidar nunca los fines que se persigue con la medida, y en ese orden de ideas dar un derrotero claro de que es lo que debemos que hacer y a que normativa debemos acudir, yo soy del criterio que esto ha abierto la puerta para que el juez sea un creador del derecho, y fíjate las implicaciones que esto puede tener, porque aquí no nos está diciendo el legislador acuda a las medidas que están previstas en el Código Civil, no la que usted considere, mas sin embargo nada escapa a la órbita jurídica y finalmente puede que no este positivizado pero hay principios, aquí viene un tema de debate filosófico que si Dworkin, que si Hart, es muy interesante el tema que tu estas escogiendo., pero me fui por las ramas y se me olvido lo que me estabas preguntando, a que como se aplica la proporcionalidad.

Básicamente eso, tienes dos derechos, uno que está consolidado en cabeza de alguien el demandado, otro que tiene muy buena apariencia del derecho, que es el del demandante, que fin estas persiguiendo con la medida pues que no se lesione este, cierto, como vas a cumplir ese fin de la forma menos invasiva a este, al derecho del demandado, básicamente si se aplica el principio de proporcionalidad.

SMM. Es aplicable el principio de proporcionalidad, porque como lo dije anteriormente en cada caso habría que mirar si lo que se está pidiendo es adecuado, es necesario y es idóneo para garantizar el fin que se persigue que es en últimas garantizar cuando exista una sentencia que se haga efectiva.

CS. Cada caso en particular, hace necesario que se valore la necesidad de decretar la medida cautelar y que la misma tenga un límite, que esta no sea exageradamente gravosa para la parte que debe soportar la medida cautelar.

7. ¿Considera diferente el principio de proporcionalidad aplicado en materia constitucional sobre conflicto de derechos fundamentales, al usado para el decreto de las medidas cautelares innominadas?

PA. Si son completamente diferentes, pues el test de proporcionalidad que se utiliza en la interpretación de la Constitución estamos hablando de muchos principios en juego, derechos fundamentales la ponderación de los mismo, el balanceo y todo lo demás, mientras que el que se aplicaría para el decreto de una medida cautelar innominada sería más practico al ser aplicado en un caso en concreto y no visto desde el punto de vista idealista o como macro principio sino visto aplicado a la materia.

GMP. No respondió

RBR. Relativamente, en todo caso es una ponderación de derechos de partes en conflicto, solo que en procesos declarativos especialmente, y civiles específicamente, no se tiene que hacer un análisis tan profundo entre teoría, doctrina y jurisprudencia a cerca del fondo de los principios, puesto que se está hablando más bien es de un conflicto probatorio, que llega a concederle la razón a una de las partes, y no un conflicto filosófico, como acontece en lo constitucional, en donde lleva consigo más cuestiones académicas profesionales, a probatorias, que es lo que nos incumbe en este tipo de procesos.

JSCC. En lo que tiene que ver con el principio de proporcionalidad aplicado en materia constitucional, este significa, que un trato desigual no vulnera ese principio

solo si se demuestra que es adecuado para el logro de un fin constitucionalmente valido; necesario, es decir, que no exista un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y proporcionado, esto es, que el trato desigual 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.

MRJG. No hay mucha diferencia pues a partir de la Constitución de 1991 el derecho se constitucionalizo, entonces el Juez siempre coloca como prevalente el derecho fundamental y siempre se aplica sea en constitucional o en justicia ordinaria este principio para efecto de no desbordar en sus funciones y de que tampoco se vaya a causar un perjuicio a ninguna de las partes.

JPCM. Teniendo en cuenta que es necesario seguir los lineamientos jurisprudenciales, se debe aplicar un test con los mismos elementos, adecuados a la característica del proceso.

NVB. No respondió.

HOB. Si, pues los derechos fundamentales tiene un rango humanístico.

CDSM. Desde que se apliquen en debida forma si garantizaría el debido proceso, pues ya hay una garantía.

JSCM. Si, el principio de proporcionalidad debe ser aplicado de acuerdo a las situaciones diferentes de cada caso.

MCS. Si, para mi si es distinto porque es que primero la potestad, o tal vez te estoy entendiendo diferente la pregunta porque ese principio de proporcionalidad al que tú me estás haciendo referencia se despliega por parte de la Corte Constitucional que es la autorizada constitucionalmente para definir si cierta normativa está o no acorde a la Constitución, y en ese orden de ideas ese test que realiza la Corte es diferente porque es un intérprete autorizado, y va a decir con argumento de autoridad si es, o no es exequible, el que realiza el Juez se limita, claro tiene rasgos muy característicos que derivan obviamente del ejercicio que hace

la Corte Constitucional pero no tienen la misma trascendencia, la decisión del Juez es inter partes y la decisión de la corte es erga omnes, pero básicamente tiene unos elementos que no se pueden desligar y es precisamente realizar la ponderación, mirar la necesidad, y sobre todo el estudio de los fines y la menor lesividad para conseguir los fines, este es el elemento que se rescata en ese ejercicio de proporcionalidad.

SMM. No es que sean completamente iguales porque es que en materia constitucional el principio de proporcionalidad va dirigido a derechos fundamentales a mirar en qué punto esos derechos fundamentales, respecto de la garantía de ellos se aplica ese principio; en materia civil si sería aplicable partiendo como de los puntos básicos, aunque no es lo mismo, porque cuando hablamos de medidas cautelares va más allá de los derechos fundamentales pero si es aplicable y si se pueden tomar principios y se puede aplicar como ese test que se aplica en materia constitucional, en materia civil.

CS. Si se consideran diferentes, pues hablándose de conflicto y proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, la diferencia radica en que tratándose de medidas cautelares en el derecho privado las mismas se toman desde el punto de vista objetivo y su límite abarca a los que las partes pretendan en el desarrollo del proceso que en derecho civil es privado, mientras que tratándose de divergencias en materia de derechos fundamentales no existe un límite concreto.

8. ¿En qué medida considera que estas medidas cautelares garantizarían el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva?

PA. Una medida cautelar innominada garantiza la tutela efectiva de los derechos subjetivos de las personas, ese fue el espíritu del legislador pues lo que quiso de que el juez con la posibilidad de decretar estas medidas innominadas es la protección de la tutela jurisdiccional efectiva.

GMP. No respondió



RBR. Considero que más que garantizar, estas medidas pueden llegar a considerarse perjudiciales del debido proceso, por cuanto puede llegarse a pensar que la parte demandante puede llegar a abusar de su derecho sin haber agotado las etapas procesales propias de un juicio declarativo para tener efectivamente el derecho que de antemano considera en sus manos; contrario a lo que ocurre con la tutela jurisdiccional efectiva, ya que basándonos en la buena fe constitucional, puede más bien pensarse en el uso legítimo anticipado de un derecho invocado pero no proclamado, haciendo que en el momento de su decreto tenga los medios suficientes para que el uso de los poderes jurisdiccionales sea efectivo, y no se haya utilizado la rama judicial (excepcionalmente la rama administrativa) para obtener un fallo que no puede ser ejecutoriado, así que en definitiva beneficia al segundo de los principios citados.

JSCC. El reconocimiento de derechos impone la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan a si titular reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, ante la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto obligado. Por ello, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido, puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales. De esta manera, el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva.

MRJG. El debido proceso está garantizado haya o no haya las medidas de carácter innominado para aplicarlas se debe respetar el debido proceso, lo que significa que garantía del debido proceso debe haber en todas las actuaciones judiciales, en cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva, es un gran logro del Código General del Proceso, porque con las medidas cautelares nominadas de pronto no se podía garantizar esa tutela ahora si se puede garantizar, donde cesa la vulneración.

JPCM. Garantiza la tutela jurisdiccional efectiva en la medida que permite al Juez una vez observa que las medidas típicas son insuficientes, ejercer su papel de

directos del proceso para definir bajo sus criterios aquella garantía que considera realmente necesaria y precisa para hacer que su decisión se haga efectiva, y no quede en el papel demostrando que es posible hacer justicia a través de los procedimientos civiles establecidos en la normativa.

NVB. No respondió.

HOB. El campo de acción es mayor, por lo que ofrece una mayor seguridad de ejecución para el fallo favorable.

CDSM. No respondió.

JSCM. No respondió.

MCS. En principio me parece que es atentatorio del debido proceso, el debido proceso del artículo 29 implica un principio que es cardinal del estado de derecho, es el principio de la legalidad, esto quiere decir que tu como ciudadano tienes que tener muy claro las reglas de juego, tienen que haber catálogos normativos que te digan que si haces esto, te va a pasar esto, eso es básicamente tener claras las reglas de juego, tener claro el principio de legalidad, el principio de legalidad es un pilar, es un soporte del debido proceso, y ahora el principio de legalidad también implica que la leyes devengan de quien ha recibido el poder para hacerlo, esto es el legislativo.

Fíjate como estábamos diciendo ahorita que con esta normativa el legislador de una u otra manera, le ha dicho al Juez que sea creador del derecho, porque básicamente va a ser creador del derecho, entonces me quedaría la duda de si esta normativa no lesiona el principio de legalidad, en principio me parecería que sí, porque fíjate que el principio de legalidad es que tu como ciudadano tengas muy claro cuáles son las consecuencias de tu actuar, aquí no habría un catálogo como tal, como si por ejemplo veníamos con las medidas anteriores, tu sabes que si te demandan, te pueden imponer tres medidas cautelares; pero aquí cual, la que se le ocurra al Juez, con discrecionalidad, con arbitrariedad, es decir que hasta qué punto hay una violación al principio de legalidad que es basamento del debido proceso.

SMM. Lo garantizan en gran medida porque es que la tutela jurisdiccional efectiva es realmente la aplicación del derecho como tal, que ese derecho sea aplicable tangiblemente, es decir que no sea en letra muerta, que no sean sentencias para enmarcar, que es lo que pasa, que a veces con las medidas cautelares tradicionales, no se busca, no se garantiza, la efectividad de la sentencia, muchas veces sale la sentencia y la sentencia no tiene una aplicación concreta por qué no tiene como ejecutarla, mientras que con las medidas cautelares innominadas se puede ir más allá, y esa tutela efectiva, si se hace realmente necesaria.

CS. En la medida en que se aplique efectivamente el principio de proporcionalidad y los lineamientos fijados por el Código General del Proceso conforme lo establece en su artículo 590.

9. ¿Qué aspectos cree que se podrían mejorar con la debida aplicación de la medida cautelar innominada?

PA. En la actualidad los jueces están temerosos de aplicar las medidas cautelares innominadas, normalmente las niegan y se van en segunda instancia para que este efectivamente las decrete, pienso que el problema es cultural, pero a medida de que va pasando el tiempo esta figura va a tomar un auge tremendo y va permitir asegurar los derechos tutelados por las personas.

GMP. Considero que la debida aplicación de las medidas innominadas dependerá del buen uso que de ella hagan tanto los litigantes como el Juez. Del litigante dependerá su formulación y por ello la creación de la medida está en sus manos, su diseño depende de la imaginación y creatividad del profesional del derecho del Juez como director del proceso dependerá adecuarla a las necesidades del caso particular, así como su variación a levantamiento cuando está ya no sea necesaria.

RBR. La pregunta parte de una realidad que es acorde con mi pensamiento, siendo este, la correcta regulación del tema; puesto que no es de mi aceptación que en la práctica se tilde de mediocre el texto, ya que lo que en definitiva hace falta en la aplicación de la regulación, es el conocimiento por parte de los profesionales en

derecho que exhortan su utilización; puesto que por parte de los funcionarios judiciales depende su aplicación es de la correcta interpretación de la norma, sumado al estudio juicioso del expediente y el uso de las facultades otorgadas, como la de modificación de la medida y el monto de la caución a prestar, para que se llegue al fin propuesto por el legislador; sin embargo, es un criterio humano imposible de controlar y depende más del conocimiento de la norma, que de aspectos por mejorar.

JSCC. La eficacia de la administración de justicia depende de la celeridad con la cual sean protegidos los derechos dentro de los procesos tramitados por aquella, de maneras que las demoras en la tramitación de estas actuaciones hacen que en la práctica el reconocimiento efectuado en las sentencias sea inútil.

Para prevenir esa situación, contraria al propósito que inspira la seguridad jurídica, y con la finalidad de que la misma sea preservada, las medidas cautelares aparecen como el instrumento para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, de manera que la sentencia que en su día declare el derecho, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente.

Las medidas cautelares concilian la celeridad y la ponderación, qué son las dos exigencias de la justicia, de manera que aquellas tratan que las cosas se hagan pronto, dejando el problema de que las mismas se hagan bien o mal a las reposadas formas del proceso ordinario.

De esta aseveración surgen dos consideraciones importantes que deben ser tenidas en cuenta para el desarrollo del presente artículo: de una parte, que las medidas cautelares se encuadran como parte de la actividad jurisdiccional del Estado, y de otra, y como corolario de lo anterior, que las medidas cautelares solamente pueden existir dentro del proceso.

MRJG. Estudiando juiciosamente las medidas cautelares innominada, con es una figura novedosa que con el paso del tiempo y la debida aplicación, se irá viendo que hay q mejorar en ese sentido pues hasta el momento no he tenido la oportunidad de decretar una medida cautelar innominada.

JPCM. Reglamentar la aplicación de las medidas innominadas de manera más clara, precisa y concreta, para que estas puedan ser solicitadas y aprobadas con una norma igualitaria para todos los jueces, y dejar solo a su discreción la forma de aplicarlas de acuerdo a las necesidades propias de cada proceso.

NVB. No respondió.

HOB. El tiempo y la experiencia nos lo dirá, pues es una figura nueva.

CDSM. Hacer la medida más extensiva sin tantas limitaciones.

JSCM. No respondió.

MCS. La justicia, la tutela jurisdiccional efectiva, porque hasta ahora en los juicios de conocimiento han sido victorias pírricas, el tema es que tú ganaste, pero ya el daño está consumado, es decir colóquela en la pared que muy linda le quedo, gracias se demoró cinco años, no aquí hay un tema de tutela jurisdiccional efectiva, y volviendo a la pregunta anterior que me quedo sonando, porque muy seguramente la Corte Constitucional realizara un estudio de proporcionalidad del artículo 590, y creería que en parte de su argumento tendrá en cuenta del principio de la legalidad como parte integral del debido proceso, peros se justifica darle esos poderes cautelares al Juez, en la medida que se está garantizando la tutela jurisdiccional efectiva, no basta poder acceder a la administración de justicia, el legislador lo sintió así y nos dio precisamente las herramientas para evitar que se sigan causando daños.

SMM. La verdad es que en la práctica, como el Código General del Proceso en la actualidad todavía no está en aplicación en concreto y hay un desconocimiento de la norma, por parte sobre todo de los litigantes y ellos no tiene en conocimiento que hay artículos que ya están vigentes que, ya están aplicables y que pueden utilizarlos en beneficio de su acción y sus excepciones; entonces que aspectos para mejorar sería como dar un conocimiento general para que realmente se haga efectivo, por ejemplo en este juzgado en el último año yo no he decretado ni una

sola medida cautelar innominada, porque, por lo mismo porque los abogados no la solicitan.

CS. A nuestro parecer el ordenamiento procesal civil describe en forma detallada cuales son los aspectos a tenerse en cuenta para que la medida cautelar tenga un equilibrio procesalmente hablando entre la necesidad de quien la solicita y el debido proceso de quien debe soportarla.

*Análisis de los derechos de petición en la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta*

Se presentó derecho de petición a los Juzgados Civiles del Circuito y Municipales, con el fin de recibir información, sobre el decreto de la medida cautelar innominada, desde la vigencia del artículo que consagra la figura jurídica, tomando como muestras los siguientes:

Tabla 1. Derechos de petición a Magistrados y Jueces de la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.

Juzgados	Derechos de petición radicados	Derechos de petición contestados
Juzgado 1 Civil del Circuito	Radicado 01-07-15	No contestaron.
Juzgado 3 Civil del Circuito	Radicado 30-06-15	No contestaron.
Juzgado 4 Civil del Circuito	Radicado 01-07-15	No se está tramitando ninguna cautela innominada
Juzgado 5 Civil del Circuito	Radicado 01-07-15	No se está tramitando ninguna cautela innominada
Juzgado 6 Civil del Circuito	Radicado 01-07-15	No contestaron.
Juzgado 7 Civil del Circuito	Radicado 01-07-15	No contestaron.
Juzgado 1 Civil Municipal	Radicado 01-07-15	No se está tramitando ninguna cautela innominada

Juzgado 2 Civil Municipal	Radicado 01-07-15	No se está tramitando ninguna cautela innominada.
Juzgado 3 Civil Municipal	No recibieron	
Juzgado 4 Civil Municipal	Radicado 01-07-15	No contestaron.
Juzgado 5 Civil Municipal	Radicado 01-07-15	No se está tramitando ninguna cautela innominada.
Juzgado 6 Civil Municipal	No Recibieron	
Juzgado 7 Civil Municipal	No Recibieron	
Juzgado 8 Civil Municipal	No Recibieron	
Juzgado 9 Civil Municipal	Radicado el 01-07-15	No se da información, ya que el despacho no tiene un archivo independiente.
Juzgado 10 Civil Municipal	No Recibieron	

Fuente: Kelly Villamizar y Grecia Cuellar Agosto, 2015

La anterior información demuestra que de los 6 derechos de petición radicados en los Juzgados Civiles del Circuito, solo contestaron 2, y en los Juzgados Civiles Municipales sólo se recibieron 5 solicitudes, toda vez que en los demás juzgados (5 de ellos) se negaron a recibirlas argumentando la falta de legitimación de las investigadoras para obtener dicha información, y de las 5 solicitudes radicadas solo contestaron 4.

En total fueron contestados 6 derechos de petición por los Juzgados Civiles del Distrito Judicial de Cúcuta. Las repuestas coinciden en manifestar que no se le ha dado tramite al numeral 1), literal c) del artículo 590 que consagra las medidas cautelares innominadas, y además que no poseen archivos independientes de estas actuaciones, siendo dificultoso conocer si han sido decretadas y en qué proceso, puesto que debido al tiempo y a la carga laboral le es imposible realizar la revisión de los respectivos expedientes; por lo tanto hasta el momento no tienen conocimiento de haber decretado una cautela innominada en procesos declarativos durante la vigencia del artículo en mención.

*Análisis inferencial de las entrevistas y derechos de petición a Magistrados y Jueces de la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta*

En el distrito judicial de Cúcuta se realizaron entrevistas que constan de 9 preguntas sobre medidas cautelares innominadas y el principio de proporcionalidad, a los Juzgados Civiles tanto Municipales como del Circuito, y al Tribunal Superior, Sala Civil Familia, tomándose como muestra los siguientes despachos:

Tabla 2. Entrevistas a Magistrados y Jueces de la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.

Despachos	Entrevistas Recibidas	Entrevistas no Realizadas
Juzgado 1 Civil del Circuito	Fue contestada por la secretaria	
Juzgado 3 Civil del Circuito	Fue contestada por el sustanciador	
Juzgado 4 Civil del Circuito		Se negaron a contestar la entrevista.
Juzgado 5 Civil del Circuito		Se negaron a contestar la entrevista.
Juzgado 6 Civil del Circuito	Fue contestada por la secretaria	
Juzgado 7 Civil del Circuito	Fue contestada por la Juez	
Juzgado 1 Civil Municipal	Fue contestado por la secretaria	
Juzgado 2 Civil Municipal		Se negaron a contestar la entrevista.
Juzgado 3 Civil Municipal		Se negaron a contestar la entrevista.



Juzgado 4 Civil Municipal	Fue contestado por la secretaria	
Juzgado 5 Civil Municipal	Fue contestado por el Juez	
Juzgado 6 Civil Municipal	Fue contestado por el secretario	
Juzgado 7 Civil Municipal	Fue contestado por el secretario	
Juzgado 8 Civil Municipal	Fue contestado por la Juez	
Juzgado 9 Civil Municipal	Fue contestado por la Juez	
Juzgado 10 Civil Municipal	Fue contestada por el sustanciador del despacho	
Tribunal Superior Sala Civil Familia	Solo un auxiliar de magistrado contesto la entrevista	

Fuente: Kelly Villamizar y Grecia Cuellar Agosto, 2015

Del anterior cuadro se evidencia que fueron presentadas un total de 6 entrevistas en los Juzgados Civiles del Circuito, de las cuales solo fueron resueltas 4 y las otras 2 no fueron recibidas. En los Juzgados Civiles Municipales fueron presentadas un total de 10 entrevistas, fueron resueltas 8, y 2 se negaron a contestar, así mismo, se realizó una entrevista en el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil Familia. En total se radicaron 16 entrevistas, de las cuales 12 fueron contestadas por los funcionarios de los despachos judiciales, siendo notoria la negativa para dar información sobre las medidas cautelares innominadas.

Es ineludible para el grupo investigador realizar un análisis de las 12 entrevistas contestadas por los funcionarios de los despachos judiciales, o los respectivos

Jueces, contrastando las respuestas de cada una de las nueve preguntas realizadas, con el fin de obtener una conclusión general sobre el concepto, aplicación, alcance y conocimiento de las medidas cautelares innominadas, como del principio de proporcionalidad. En el siguiente cuadro se cotejan las entrevistas ejecutadas en los Juzgados Civiles y el Tribunal Superior, Sala Civil – Familia del Distrito Judicial de Cúcuta, a través de indicadores. El color azul, representa la respuesta que

Concuerda con el indicador correspondiente, y en aquellos casos donde ninguno de los segmentos se encuentre subrayado, significará que no se dio respuesta alguna. Dejando claro que no se desea tabular la información, sino dar una perspectiva precisa y clara sobre las aseveraciones manifestadas por los funcionarios de los despachos judiciales.

Tabla 3. Indicadores de las entrevistas

PREGUNTA	INDICADORES	JUZGADO	RESPUESTA	
1. ¿Conoce Usted, que es una medida cautelar innominada y que artículo la consagra?	1. Conoce la medida cautelar innominada.	J.1 Civil del Circuito	1	2
		J. 3 Civil del Circuito	1	2
		J. 6 Civil del Circuito	1	2
	2. Conoce el artículo que la consagra.	J. 7 Civil del Circuito	1	2
		J. 1 Civil Municipal	1	2
		J. 4 Civil Municipal	1	2
		J. 5 Civil Municipal	1	2
		J. 6 Civil Municipal	1	2
		J. 7 Civil Municipal	1	2
		J. 8 Civil Municipal	1	2
		J. 9 Civil Municipal	1	2
		J. 10 Civil Municipal	1	2

		Tribunal Superior	1	2
2. ¿Actualmente el artículo en mención se encuentra vigente?	1. El artículo está vigente. 2. El artículo no está vigente.	J.1 Civil del Circuito	1	2
		J.3 Civil del Circuito	1	2
		J.6 Civil del Circuito	1	2
		J.7 Civil del Circuito	1	2
		J. 1 Civil Municipal	1	2
		J. 4 Civil Municipal	1	2
		J. 5 Civil Municipal	1	2
		J. 6 Civil Municipal	1	2
		J. 7 Civil Municipal	1	2
		J. 8 Civil Municipal	1	2
		J. 9 Civil Municipal	1	2
		J. 10 Civil Municipal	1	2
		Tribunal Superior	1	2
3. ¿Considera Usted necesaria la medida cautelar innominada?	1. La medida cautelar es necesaria. 2. La medida cautelar representa un peligro.	J.1 Civil del Circuito	1	2
		J.3 Civil del Circuito	1	2
		J.6 Civil del Circuito	1	2
		J.7 Civil del Circuito	1	2
		J. 1 Civil Municipal	1	2
		J. 4 Civil Municipal	1	2
		J. 5 Civil Municipal	1	2
		J. 6 Civil Municipal	1	2
		J. 7 Civil Municipal	1	2
		J. 8 Civil Municipal	1	2
		J. 9 Civil Municipal	1	2
		J. 10 Civil Municipal	1	2
		Tribunal Superior	1	2

4. ¿Qué criterio tendría en cuenta para el decreto de la medida cautelar innominada?	1. Determinados por el Código General del Proceso.	J.1 Civil del Circuito	1	2	
		J.3 Civil del Circuito	1	2	
		J.6 Civil del Circuito	1	2	
		J.7 Civil del Circuito	1	2	
	2. Presupuestos clásicos establecidos por la doctrina y el derecho comparado.	J. 1 Civil Municipal	1	2	
		J. 4 Civil Municipal	1	2	
		J. 5 Civil Municipal	1	2	
		J. 6 Civil Municipal	1	2	
		J. 7 Civil Municipal	1	2	
		J. 8 Civil Municipal	1	2	
		J. 9 Civil Municipal	1	2	
		J. 10 Civil Municipal	1	2	
		Tribunal Superior	1	2	
5. ¿Qué conoce Usted del principio de proporcionalidad?	1. El principio de proporcionalidad como un juicio de valor.	J.1 Civil del Circuito	1	2	
		J.3 Civil del Circuito	1	2	
		J.6 Civil del Circuito	1	2	
		J.7 Civil del Circuito	1	2	
	2. El Principio de proporcionalidad como una ponderación de derechos.	J. 1 Civil Municipal	1	2	
		J. 4 Civil Municipal	1	2	
		J. 5 Civil Municipal	1	2	
		J. 6 Civil Municipal	1	2	
		J. 7 Civil Municipal	1	2	
		J. 8 Civil Municipal	1	2	
		J. 9 Civil Municipal	1	2	
		J. 10 Civil Municipal	1	2	
		Tribunal Superior	1	2	
6. ¿De qué forma aplicaría Usted el	1. A través del test realizado por la	J.1 Civil del Circuito	1	2	3
		J.3 Civil del Circuito	1	2	3

principio de proporcionalidad?	Corte Constitucional. 2. A través del test realizado por el Juez en el caso concreto. 3. A través del material probatorio	J.6 Civil del Circuito	1	2	3
		J.7 Civil del Circuito	1	2	3
		J. 1 Civil Municipal	1	2	3
		J. 4 Civil Municipal	1	2	3
		J. 5 Civil Municipal	1	2	3
		J. 6 Civil Municipal	1	2	3
		J. 7 Civil Municipal	1	2	3
		J. 8 Civil Municipal	1	2	3
		J. 9 Civil Municipal	1	2	3
		J. 10 Civil Municipal	1	2	3
		Tribunal Superior	1	2	3
7. ¿Considera diferente el principio de proporcionalidad aplicado en materia constitucional sobre conflicto de derechos fundamentales, al usado para el decreto de las medidas cautelares innominadas?	1. Se aplica el principio de proporcionalidad desarrollado por la Corte Constitucional. 2. Se aplica el principio de proporcionalidad estipulado por el Código General del Proceso.	J.1 Civil del Circuito	1	2	
		J.3 Civil del Circuito	1	2	
		J.6 Civil del Circuito	1	2	
		J.7 Civil del Circuito	1	2	
		J. 1 Civil Municipal	1	2	
		J. 4 Civil Municipal	1	2	
		J. 5 Civil Municipal	1	2	
		J. 6 Civil Municipal	1	2	
		J. 7 Civil Municipal	1	2	
		J. 8 Civil Municipal	1	2	
		J. 9 Civil Municipal	1	2	
J. 10 Civil Municipal	1	2			
Tribunal Superior	1	2			
8. ¿En qué	1. Garantizan la	J.1 Civil del Circuito	1	2	

medida considera que estas medidas cautelares garantizarían el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva?	tutela jurisdiccional efectiva. 2. Vulnera el debido proceso.	J.3 Civil del Circuito	1	2
		J.6 Civil del Circuito	1	2
		J.7 Civil del Circuito	1	2
		J. 1 Civil Municipal	1	2
		J. 4 Civil Municipal	1	2
		J. 5 Civil Municipal	1	2
		J. 6 Civil Municipal	1	2
		J. 7 Civil Municipal	1	2
		J. 8 Civil Municipal	1	2
		J. 9 Civil Municipal	1	2
		J. 10 Civil Municipal	1	2
		Tribunal Superior	1	2
9. ¿Qué aspectos cree que se pondrían mejorar con la debida aplicación de la medida cautelar innominada?	1. Debido a la novedad de la figura jurídica es pronto para mejorarla. 2. Depende de los Jueces y litigantes	J.1 Civil del Circuito	1	2
		J.3 Civil del Circuito	1	2
		J.6 Civil del Circuito	1	2
		J.7 Civil del Circuito	1	2
		J. 1 Civil Municipal	1	2
		J. 4 Civil Municipal	1	2
		J. 5 Civil Municipal	1	2
		J. 6 Civil Municipal	1	2
		J. 7 Civil Municipal	1	2
		J. 8 Civil Municipal	1	2
		J. 9 Civil Municipal	1	2
		J. 10 Civil Municipal	1	2
		Tribunal Superior	1	2

Fuente: Kelly Villamizar y Grecia Cuellar Agosto, 2015

Se pudo inferir sobre el concepto de la medida cautelar innominada, y del artículo que la consagra, que tanto los Juzgados Civiles Municipales, como los Juzgados Civiles del Circuito y el Tribunal Superior Sala Civil del Distrito Judicial de

Cúcuta, tienen conocimiento de la misma, pero en algunos casos no se tiene claridad sobre el artículo que estipula dicha figura jurídica, excepto el funcionario del Juzgado Séptimo Civil Municipal que manifiesta no conocerla.

Respecto a la vigencia del artículo 590 del Código General del Proceso, se deduce que para algunos de los entrevistados, el artículo en mención empezó a regir desde el 01 de octubre de 2012 conforme lo establece el numeral 4 del artículo 627 del mismo código; sin embargo hay quienes aducen que no se le está dando trámite, puesto que la oralidad no se ha implementado a cabalidad, y que solo se aplican ciertos artículos, no encontrándose entre estos, el que regula las medidas cautelares innominadas.

Adicionalmente, se evidenció que los Juzgados Civiles, y el Tribunal Superior Sala Civil del Distrito Judicial de Cúcuta, reconocen la necesaria existencia de esta figura, como una herramienta con la que cuenta el Juez para suplir las necesidades del proceso, y en contraprestación una garantía para los derechos de la parte que la solicita; debido a que su característica principal hace referencia a la adaptabilidad de la cautela innominada a cualquier escenario que se presente dentro del proceso judicial; pero en algunas entrevistas se manifestó que a pesar de las bondades de esta figura jurídica, estas también puede representar un peligro tanto para los derechos de la parte demandada, como para el Juez, y que de ahí nacen las críticas que ha tenido el otorgamiento de este poder cautelar genérico.

En referencia al criterio que tendrían en cuenta para el decreto de la cautela innominada han manifestado que, a pesar de que la norma reguladora de esta figura consagra los requisitos para decretarlas, el Juez debe realizar un examen exhaustivo de los mismos, ya que hasta el momento no se ha tomado una decisión definitiva y se está actuando bajo un grado de probabilidad, con respecto a la procedencia de la medida para la parte que parece tener el derecho que se controvierte; esto con el fin de evitar situaciones arbitrarias y decisiones que excedan la razonabilidad de la cautela innominada, las pretensiones de la parte interesada y que ocasione

providencias desmedidas violatorias de los derechos de la parte afectada. Así mismo, sobresalieron de manera especial requisitos como la apariencia del buen derecho, la verosimilitud del derecho, la legitimación de las partes, el interés de las mismas, y la eficacia de la medida, presupuestos clásicos que han sido desarrollados a nivel doctrinal, ya sea nacional o internacional.

Por otra parte, sobre el conocimiento del principio de proporcionalidad, los entrevistados concuerdan en que este, es un juicio de valor realizado por el operador judicial, donde a través de la ponderación se deberá determinar la adecuación al fin perseguido, la necesidad de la medida, y la proporcionalidad en sentido estricto de la misma, como elementos constitutivos del principio de proporcionalidad, a su vez que dicho principio servirá para establecer las posibles consecuencias o causas que se puedan ocasionar con el decreto de la cautela innominada, es decir que será, el criterio encargado de restablecer el equilibrio entre los derechos de las partes intervinientes, para que al demandado, quien soporta la medida, no se le vulneren sus derechos con la misma, al no ser esta proporcional. Exceptuando al Juzgado Sexto y Séptimo Municipal, donde sus funcionarios públicos manifestaron no conocerlo.

Con respecto a la pregunta planteada sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, estos auxiliares de la justicia discrepan en su concepción, ya que algunos hacen referencia al test aplicado por la Corte Constitucional para el conflicto de derechos y principios, otros expresan la necesaria realización de un test que se encuentre ceñido a las pautas dadas por la Corte Constitucional, pero que se determine por los presupuesto establecidos por el Código General del Proceso, donde se motiven las ventajas y desventajas de la medida, o analizando el factor cuantía, y finalmente aquellos que hacen referencia al material probatorio allegado por la parte interesada junto con el escrito de la demanda, existiendo disconformidad de conceptos frente a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad en el decreto de las medidas cautelares innominadas. Exceptuando aquellos operadores



judiciales que guardan silencio sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, o que exteriorizan no conocerlo.

En cuanto a la diferencia del principio de proporcionalidad aplicado en materia constitucional, al usado en el decreto de las medidas cautelares, se identificó el desacuerdo expresado por algunos funcionarios judiciales, sobre el principio de proporcionalidad aplicado por la Corte Constitucional y el consagrado en el Código General del Proceso, se demostró que este último mencionado aplica a los derechos controvertidos entre las partes, es decir en un caso concreto, no realizando un análisis tan profundo como el hecho por la Corporación en materia de conflictos de derechos; puesto que, el Juez en el proceso civil solo determina la proporcionalidad de la medida, haciendo referencia, al interés de las partes, las pretensiones y el fin de la misma; aunque se manifestó que el test desarrollado por esta Institución constitucional deberá servir de guía para el análisis que realiza el Juez sobre el principio de proporcionalidad, reduciéndose su diferenciación a los efectos que produce dicha decisión.

Del estudio realizado sobre la eficacia de las medidas cautelares innominadas como garantía al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, reveló que las fuentes de información consideran que el legislador debe dotar al Juez de las herramientas necesarias para garantizar los derechos controvertidos dentro del trámite procesal, logrando la prevalencia de los mismos dentro del proceso judicial. Por tal motivo, se implementaron las medidas cautelares innominadas que garantizan el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos subjetivos de las partes, recalándose que el debido proceso para algunos funcionarios, se puede ver afectado, en aquellos casos donde el demandante abuse de su derecho, puesto que con las cautelas nominadas, el demandado conocía las reglas de juego, es decir sabía cuáles eran las cautelas a imponer en el determinado proceso, en cambio con esta nueva figura se encuentran desprotegidos, al estar supeditados, al criterio del Juez.

Con relación a los aspectos que se podrían mejorar con la debida aplicación de esta cautela en el Distrito Judicial de Cúcuta, los entrevistados manifestaron que esto dependerá del buen uso de la medida innominada por parte de los litigantes y jueces, que por la novedad de la figura pueden estar temerosos para su decreto y solicitud, como fue expresado por un auxiliar de magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, señalando que deberá ser el Juez en uso de sus facultades jurisdiccionales, el que aplique en debida forma la cautela innominada utilizando los presupuestos establecidos por el legislador, junto con el material probatorio, y a través de una motivación razonada de la decisión; además, manifestaron que es demasiado pronto para emprender mejoras a la aplicación de dicha medida, ya que, lo que se debe corregir se ira evidenciando con su practicidad en la vida jurídica.

En efecto del análisis global de las entrevistas, se puede deducir que los funcionarios judiciales no desconocen la medida cautelar innominada, sino que fundamentan su no aplicabilidad a los procesos declarativos, argumentando que el artículo 590 del Código General del Proceso no ha entrado en vigencia, a pesar que en el numeral 4 del artículo 627 del mismo se establece lo contrario. Concuerdan en admitir que su aplicación se regirá por los criterios establecidos por el Código mencionado o los ya implementados por la doctrina y el derecho comparado para el decreto de las medidas cautelares innominadas; aunque al mencionar el principio de proporcionalidad como presupuesto para el decreto de esta cautela, algunos manifiestan no conocerlo, y otros señalan que su desarrollo y análisis está regido por los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional, mientras que otros consideran que este principio debe ceñirse a las condiciones del caso concreto, tomando como referencia los subprincipios que lo componen y que ha sido establecidos por la Corporación mencionada; denotándose en las entrevistas realizadas que a pesar de referenciar su análisis en el principio de proporcionalidad implementado por el Tribunal Constitucional, pecan al no conocer en realidad su naturaleza, contenido y aplicación.

Así mismo, se evidenció el récelo y temor de los Jueces Civiles del Distrito Judicial de Cúcuta para el decreto de las cautelas innominadas, como lo manifiesta, el auxiliar de magistrado del Tribunal Superior Sala Civil, al señalar que todo lo concerniente al decreto de las medidas, es enviado a segunda instancia para que se encarguen de resolver dichos conflictos jurídicos, como sucedió con el caso concreto que será expuesto. Temor que se deriva del hecho que de la imposición de esta figura jurídica se pueden desprender responsabilidades judiciales.

Se concluye así, que los Juzgados Civiles son inexpertos en el decreto de la cautela innominada, en el análisis de la proporcionalidad de la misma, al notarse que tanto en las entrevistas, como en los derechos de petición el funcionario da respuestas superfluas y generales sobre la concepción y aplicación del principio de proporcionalidad para el decreto de la cautela innominada, ya que hasta la fecha de hoy se ha manifestado no haber tenido conocimiento, ni haber tramitado una medida de este tipo; a pesar que el Tribunal Superior conoció de una recurso de apelación donde disputó la procedencia de esta figura, siendo evidente la necesidad de entrar a estudiar el principio de proporcionalidad, con el fin de implementar lineamientos que determinen el correcto proceder de la Jurisdicción Ordinaria Civil como presupuesto ineludible para la cautela innominada.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS MEDIDAS CAUTELARES  
INNOMINADAS COMO GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN  
LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL COLOMBIANA.

Un estudio desde la jurisdicción ordinaria civil del distrito judicial de Cúcuta

Generalidades de las medidas cautelares en el proceso civil colombiano

*Las medidas cautelares*

La doctrina imperante en el tema de medidas cautelares, si bien no es reciente, no ha podido llegar a un acuerdo con respecto a la designación genérica que se le ha querido dar a esta institución procesal, recibiendo los nombres de procedimiento cautelar, acción cautelar o medida cautelar, determinando que sí, se miraba desde la pretensión se le denominaría acción cautelar, pero si, se miraba desde la forma en que se sustanciaban se le denominaría proceso o procedimiento cautelar, no lográndose que ninguna de estas denominación consiga abarcar la idea integral del concepto de medida cautelar, (Podetti, 1995) por lo que hemos decidido acogernos a esa parte de la doctrina que la ha denominado como una medida, palabra que gramaticalmente ha sido definida por la Real Academia Española (2001) como “proporción o correspondencia de algo con otra cosa”, o como una “disposición, prevención”, y complementada con el vocablo cautela, igualmente definido por la Real Academia Española (2001) como “prevenir, precaver”.

Desde el punto de vista jurídico, las cautelas son aquellas medidas o disposiciones tomadas por el operador judicial para prevenir o precaver situaciones que dificulten el fin que se busca obtener con la providencia que termina un litigio, no siendo esta medida un proceso adicional al preexistente, ni una acción desmesurada de la parte interesada, ya que a pesar de ser a solicitud de la misma, será el juez en uso de sus poderes legales y constitucionales quien comprobará su procedencia,

necesidad, y eficacia, lo cual no vulnera derechos a la parte afectada con su imposición, toda vez que la cautela no constituyen un fin en sí misma, sino esta preordenada a la sentencia final o posterior, simplemente asegurando su resultado, y adaptando el terreno para sus efectos, es decir que nacen al servicio de la providencia principal. (Carnelutti, 1945)

Por lo tanto, las medidas cautelares son instrumentos provisionales creados por el legislador para proteger los derechos del demandante, evitar su infracción, prevenir los daños ocasionados por la acción del tiempo o la influencia negativa del demandado, hacer cesar los causados o asegurar la efectividad de la sentencia principal, no constituyendo un prejuicio, ya que, en principio solo se tiene la probabilidad de los derechos, quedando supeditado su debate a los subsiguientes actos procesales que se desencadenaran y finalizaran con la providencia definitiva.

En consecuencia, es evidente la finalidad garantista de este mecanismo que busca proveer al proceso civil Colombiano de seguridad jurídica, celeridad, eficacia y una completa protección de los intereses de las partes, naciendo la medida cautelar de la necesidad existente entre el cumplimiento de la sentencia y la eficacia de la misma, lo que es igualmente manifestado por Calamandrei (1984) quien ha determinado que “la función de las providencias 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).

Por esta razón, era ineludible dotar al Juez de un mecanismo que le permitiera conservar el derecho durante el trámite procesal, y como resultado de ello, tuviese el tiempo preciso y adecuado para resolver el proceso de forma completa, otorgando una sentencia real que contenga el derecho controvertido en las mismas condiciones que al inicio del proceso, y es allí donde el conglomerado social depositara nuevamente su confianza en los Jueces de la República, vislumbrando que a través de los mecanismos dejados por el legislador, estos harán reales sus derechos.

### *Medidas cautelares nominadas*

Las cautelares nominadas son aquellas que se encuentran ceñida al principio de legalidad y taxatividad de la norma, teniendo el Juez el poder de solo decretar las contempladas por el legislador en el estatuto procesal, es decir, el actual Código de Procedimiento Civil, donde se determinaron como principales cautelares, el embargo, secuestro e inscripción de la demanda. Estas medidas nominadas redujeron el pensamiento del Juez a la aplicación impalpable de las Leyes imperantes, y reafirmaron la figura del Juez espectador del proceso, al no permitirle intervenir en el mismo con el decreto de cautelares no consagradas en la ley, lo cual le cerró la posibilidad de ir mas allá de lo plasmado en la normatividad en aquellos casos difíciles; pero siendo indispensable recalcar el buen funcionamiento que tuvo esta figura durante años en el ordenamiento jurídico Colombiano.

### *Medidas cautelares innominadas*

El Código General del Proceso cambia la realidad jurídica Colombiana, al incluir dentro de la legislación procesal las medidas cautelares innominadas, que no eliminan la figura tradicional, sino la complementan, pero con la diferencia de que le otorga al Juez como director del proceso, la facultad de poder decretar ya no solo las conocidas y trajinadas cautelares, sino aquellas que considere necesarias; toda vez que, el legislador comprobó a través de la vida práctica que las medidas cautelares taxativas que estipulaba el Código de Procedimiento Civil, eran insuficientes para contemplar todos los supuestos de hecho; pero con la nueva legislación, la universalización y la constitucionalización del derecho procesal, se reformó el antiguo Código, y se depositó en el operador judicial la responsabilidad de usar adecuadamente las cautelares innominadas garantizando la tutela judicial efectiva y protegiendo los derechos de las partes que intervienen en el litigio. No siendo

específico el legislador sobre la posibilidad que dentro de un proceso judicial puedan coexistir tanto una medida cautelar nominada, como una innominada, partiendo de la premisa de que todo lo que no es prohibido por la ley es permitido.

Las medidas cautelares innominadas parecen ser independientes, ya que fueron creadas debido a la precariedad de las inicialmente mencionadas, pero al hablar de su naturaleza podríamos afirmar que han sido determinadas como un seguro de la providencia principales decir, una herramienta provisional que no se encuentra contemplada expresamente dentro de la normatividad, donde el Juez tiene la facultad de decretar las que crea indispensables para proteger los derechos controvertidos, conservando así el objeto, función y finalidad de la cautela tradicional, pero cambiando la naturaleza de la misma, al transformarla en genérica, atípica o innominada. Por ello Parra (2013), las ha precisado como “las que no están prevista expresamente por el legislador, pero este faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte las decrete si encuentra un fundamento razonable para la protección del derecho objeto del litigio.”(p.302)

De ahí que, el carácter de medida innominada, genérica, o atípica que le es otorgado es una diferencia resaltable entre las dos cautelas, ya que el Código General del Proceso, no solo le permite al Juez hacer uso de las medidas de creación o proyecto judicial, sino de todas aquellas que contemple el ordenamiento jurídico en casos distintos a los previstos, es decir, podrá emplear medidas taxativas en casos no determinados por la Ley, puesto que, la norma no es específica, dejando un amplio campo de acción, sujeto al arbitrio y subjetividad del operador judicial. Esta nueva reglamentación nos muestra dos aspectos que resultan innovadores, por un lado la ampliación de las cautelas en los procesos declarativos, lo cual nos lleva a reflexionar sobre la disminución de la influencia del principio de taxatividad que gobernaba, y también el incremento de las facultades que se le otorgan al Juez.

Así mismo, el Código General del Proceso dentro del contenido del artículo en mención adecua el decreto de esta nueva figura, ya que solicitada la misma por la

parte interesada, el Juez podrá modificarla, sustituirla o hacer que cese, ya sea petición de parte o de oficio, siendo evidente que no solo se dedicara a determinar la medida solicitada, sino que podrá decretar cualquiera que el considere menos gravosa, igualmente podrá fijar la caución que se impondrá para sobrellevar los posibles perjuicios que se causen al afectado por la medida.

Del mismo modo, este podrá establecer su duración y alcance, quedando claro que la imposición de la medida cautelar innominada y los perjuicios que con esta se ocasionen serán responsabilidad del Juez; evidenciándose que ante el enorme margen de acción del operador judicial, es importante estudiar el presupuesto de proporcionalidad como limitante de los poderes jurisdiccionales en el decreto de la cautela, y frente a los resultados obtenidos en la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta, toda vez que, la decisión del Juzgador deberá estar ceñida a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la misma; sin que el poder cautelar genérico se convierta en un indicio negativo para las pretensiones o derechos de la parte que lo soporta, es decir que, el Juez se debe perfilar como un ser cuidadoso, cauteloso y estudioso, quien deberá proveer un juicio adecuado sobre la procedencia de la cautela, y en concordancia con el fin constitucional de la misma.

Por esta razón, Morales (2008) manifiesta que:

No se trata de saturar los procesos con el abuso indiscriminado del uso de las medidas cautelares innominadas; sino por el contrario; de ponderar en cada caso concreto la gravedad de las consecuencias que acarrearían al mismo, y de adoptar soluciones acordes a la realidad social de la época, para atenuar la excesiva duración de los procesos, lo que constituye una situación insostenible que pueda ocasionar un verdadero fraude al estado de justicia, de derecho y a la seguridad jurídica.”(p.507)



*Adopción de las medidas cautelares innominadas.* Las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos, en principio representan una novedad para el ordenamiento jurídico Colombiano, esto en respuesta a la necesidad de dar cumplimiento a preceptos constitucionales como la tutela jurisdiccional efectiva, el acceso a la administración de justicia y el debido proceso, fundados en la necesidad de obtener por parte de los interesados sentencias que efectivicen sus derechos, y que reafirmen la confianza de los mismos en la debida impartición de justicia, que se encuentra en cabeza del Juez director del proceso, siendo este la representación solemne del Estado Colombiano, como símbolo de la humanización y constitucionalización del derecho; por ello esta figura se ha desarrollado en otras áreas, como son, en los procesos de familia, en casos de competencia desleal, en procesos administrativos de reparación directa y en la acción de tutela, a través de las medidas provisionales.

Anteriormente, el legislador consideró indispensable introducir en el sistema procesal Colombiano la figura denominada como medidas cautelares nominadas, con el fin de asegurar el cumplimiento de las sentencias judiciales, esto debido a los extensos términos, a la congestión judicial, y la mala fe de los demandados, quienes se aprovechaban de la amplia duración del trámite judicial para evadir las disposiciones que fueren adversas a sus pretensiones; estas medidas fueron reguladas por el Decreto 1400 de 1970, actual Código de Procedimiento Civil, determinando principalmente, el embargo, el secuestro y la inscripción de la demanda, como las cautelas que podría decretar el Juez en el proceso para asegurar, que los derechos de los demandantes no se deterioraran con el pasar del tiempo a causa del demandado, y así conservarlos en el mismo estado en que se encontraban al iniciar el debate jurídico.

Con la internacionalización del derecho y la practicidad de las medidas taxativas, fue evidente la insuficiencia y precariedad de esta figura para abarcar todos los supuestos de hecho, atando al operador judicial a solo conceder las medidas expresamente consagradas en el Código de Procedimiento Civil, y

produciendo como consecuencia la limitación del poder cautelar, toda vez que, el legislador temía que al otorgarle discrecionalidad al Juez, y ampliando el margen de aplicabilidad de las medidas cautelares a ámbitos que nacieran a causa de la interacción de las partes con el operador de justicia, se causasen mayores perjuicios al no existir certeza sobre los derechos controvertidos, lo cual en algunos casos generó sentencias de papel y desfiguró los fines constitucionales que rodean el proceso civil Colombiano.

Razón por la cual, se vio la necesidad de reconocer la importancia de esta figura reglamentando en el Código General del Proceso las medidas cautelares innominadas, como un complemento a la institución tradicional, no cambiándose sus fines preestablecidos por la doctrina, sino flexibilizándola en el sentido, de que podrá solicitarse cualquier otra medida que la parte interesada requiera, y que el juez considere adecuada; precisándose que dentro de la regulación no se limitó la posibilidad de traer medidas implementadas en otros campos, o determinarlas a libre arbitrio, tanto así que hoy en día se puede encontrar un Libro especial dedicado a las mismas, consagra en el literal c) numeral 1) del artículo 590, denominada como medida cautelar innominada en los procesos declarativos, depositando así en el juez un grado de confianza para el desarrollo de sus funciones como director del proceso y guardián de los derechos de las partes.

#### El papel del Juez en el decreto de la medida cautelar

En Colombia, y en diferentes países de Latinoamérica el proceso civil, y en especial el papel del Juez dentro del mismo, ha sido víctima del debate agudo entre las corrientes del Activismo y Garantismo judicial, tema que ha sido abordado por diversos autores, con el fin de describir las características propias de cada corriente. Los defensores del activismo judicial, fundamentan su tesis en la instrumentalidad del proceso, como el medio idóneo para lograr la verdad, justicia, y la paz social; por tanto, el proceso y el Juez están al servicio del Estado, sirviéndose del mismo para

hacer valer la tutela jurisdiccional efectiva. En cambio, para los defensores del Garantismo Judicial, el Juez dentro de la causa, es aquel que está comprometido con el debido proceso, y sujeto a las garantías mínimas establecidas por el mandato Constitucional, que impiden que la jurisdicción subyugue el proceso y este por encima del poder dispositivo de las partes. (Gumerato, 2012)

En síntesis, el Garantismo Judicial perfila al Juez como un ente imparcial, aquel que no podrá intervenir como parte, no podrá impulsar el proceso de oficio, sino se limitará a conectar a los intervinientes para que a través del dialogo, el respeto de las instancias procesales y las garantías constitucionales pongan fin a la controversia suscitada; es decir que, se enrola al Juez hacia la búsqueda de la verdad que le provean las partes, una verdad procesal. En cambio, el activismo judicial lo despoja de esa investidura de Juez espectador, para dotarlo de los mecanismos necesarios, con los cuales logrará desentrañar la verdad material o sustancial en la sentencia definitiva; así mismo asume una posición activa, al ampliarse sus facultades y deberes, pero no podrá dejar de lado los límites constitutivos de imparcialidad, legalidad e igualdad de las partes, teniendo por fin la realización de un proceso eficaz y justo bajo el marco Constitucional.

Ahora bien, el Código General del Proceso, al dotar al Juez de poderes y facultades, toma en consideración los modelos indicados por el activismo judicial, al ubicarlo como el director del proceso, y al concederle la potestad de imponer medidas cautelares no estipuladas en la Ley, entre otras; pero esa discrecionalidad no es del todo arbitraria y desproporcionada, toda vez que, tiene por guía las leyes y principios constitucionales, los cuales le indicaran el correcto actuar y le servirán para salvaguardar los derechos de las partes, la búsqueda de la verdad en el proceso, y la confianza en la administración de justicia; puesto que antes de la Constitución de 1991, y del Estado de Derecho, no se podría hablar de poderes discrecionales u oficiosos, o de la existencia de una figura jurídica como la cautela innominada, o la prueba de oficio; por cuanto la autonomía del Juez se encontraba sesgada por las normas, al estar ceñido estrictamente a la ley como fuente de derecho.

Situación que cambió desde 1991 con la Constitución Política, donde se empezó a hablar del Juez como director del Proceso, reformando la perspectiva de administrar justicia, ya que se tenía la posibilidad de que las decisiones jurisdiccionales del Juez, como el decreto de la cautela innominada fuese producto del análisis subjetivo de la Ley y de los principios que la delimitan, no estando sujeto de manera estricta a lo expresamente señalado en el mandato legal, y convirtiendo al operador judicial en creador de derecho al otorgarle un poder cautelar genérico como lo manifiesta Canelo (2014), “resulta ser entonces una facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar los elementos que obran en la misma, sin estar sujeto a la previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender.”(p.4)

El poder cautelar genérico, es la facultad dada al Juzgador para que en un litigio pueda preservar los derechos, prevenir los daños y lograr la efectividad de la sentencia, a través de la exigencia de una cautela que no esté prevista para un determinado supuesto de hecho, que podrá modificar, teniendo en cuenta las necesidad y circunstancias del caso concreto, es decir que es “la facultad discrecional del Juez, en la prudente determinación de lo equitativo en cada caso, y no en la taxatividad de las permisiones legales;” (Morales, 2008.p.521) haciendo referencia a las atribuciones estipuladas por el legislador en cabeza del operador judicial, como órgano investido de jurisdicción y competencia decreta la medida cautelar innominada.

No obstante, este poder se encuentra limitado a la solicitud de la parte demandante, pero el Código General del Proceso le confiere posteriormente la posibilidad al operador judicial de modificarla o reemplazar, ósea que, indirectamente le da la autoridad oficiosa de establecer cuál será la cautela idónea, necesaria y proporcional para un supuesto de hecho determinado; así que el ejercicio de esta potestad representa en la realidad jurídica colombiana un peligro inminente y probable para los intereses de los intervinientes, sino es aplicado bajo el análisis

concienzudo y estricto de los presupuestos que se estipulan para su decreto, circunstancia que resalta la importancia de dotar al Juez de poderes y elementos que materialicen el proceso garantista que se ha venido pregonando con la llegada del Estado Social de Derecho, dando paso al juzgador intérprete del marco legal, y constitucional que debe componer el ordenamiento jurídico colombiano.

#### La medida cautelar como garantía a la tutela jurisdiccional efectiva

Colombia es un Estado Social de Derecho desde su marco constitucional, garante de los derechos fundamentales de las personas, que está siempre obligado a crear mecanismos para la protección de estos y en caso de ser vulnerados, proporcionarle a los asociados el acceso a la jurisdicción ordinaria para que le sean resueltas sus controversias de forma pacífica, y quienes han depositado en el Juzgador su confianza legítima para que en uso de sus poderes jurisdiccionales les asegure una correcta administración de justicia. Configurándose para la parte a la que le corresponde el derecho legalmente, la tutela jurisdiccional efectiva, la cual puede ser definida como un derecho que tiene toda persona para acceder ante un Juez, quien mediante determinado proceso oirá sus presunciones y resolverá de una forma proporcional a través de un fallo.

Estableciéndose dentro del concepto de la tutela jurisdiccional efectiva, no solo el acceso a la justicia junto con las garantías mínimas de un juicio justo; sino también el derecho a tener una sentencia ponderada y eficaz, siendo ineludible la implementación de instrumentos que le permitan al Juez asegurar que en el trámite del proceso judicial, no se perjudiquen los derechos que se controvierten por la acción del tiempo o el actuar mal intencionado de las partes; teniendo por fin la obtención de una sentencia que pueda ser ejecutada a cabalidad por la parte a la que se le ha otorgado el derecho. Esta herramienta es conocida como medida cautelar, ya sea nominada o innominada, con la consagración de esta última figura jurídica en los procesos declarativos se le da la oportunidad al operador judicial de

velar por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no solo con las cautelas taxativas, sino con todas aquellas que el considere necesarias, proporcionadas e idóneas para el caso concreto, estableciéndose con el Código General del Proceso, un Juez activo y garante de derechos constitucionales como la mencionada tutela jurisdiccional efectiva, quien no solo se conformara con lo manifestado por las partes, sino que intervendrá cuando sea necesario para la búsqueda de la verdad procesal.

### Presupuestos de la medida cautelar innominada en el Código General del Proceso

El Código General del Proceso (2012) en numeral 1), literal c) del artículo 590, establece unos presupuestos que deberá tener en cuenta el Juez para el decreto de la medida cautelar innominada:

a) La cautela innominada puede solicitarse en los procesos declarativos desde la presentación de la demanda por la parte que ejercer el derecho de acción.

b) Se le faculta al Juez para decretar cualquier otra medida cautelar siempre y cuando se busque:

1) La protección del derecho que se debate.

2) Prevenir daños, y hacer cesar los daños que se hubieren causado.

3) Asegurar la efectividad de la pretensión.

c) La legitimación e interés para actuar de la parte accionante. El interesado para sacar adelante sus pretensiones y poder obtener una sentencia valida y eficaz, no solo deberá interponer la demanda con los requisitos de ley, sino que adicionalmente deberá ser el titular del derecho vulnerado y afectado, o demostrar

que tiene el interés jurídico para obrar; dado que la legitimación o el interés es un presupuesto procesal necesario para acceder a la jurisdicción; expresado igualmente por la Corte Constitucional (Sentencia c-666,1996), como un requisito indispensable para que, el operador judicial pueda dictar sentencia, cuya ausencia genera una sentencia inhibitoria, o la terminación del proceso, al abstenerse este de pronunciarse sobre lo pretendido por las partes, quedando el conflicto en su estado original.

Así mismo, Escobar (2012), manifiesta que la legitimación hace referencia “a que la persona o parte que acuda ante el Estado, para alcanzar la protección de sus derechos a través del Juez, debe mantener una relación con el objeto material y jurídico del proceso” (p. 251), correlación que es preestablecida por el legislador en los medios procesales que otorga para hacer uso de la jurisdicción, al pertenecerle el derecho y la acción; teniendo la parte el interés de solicitar la imposición de una medida cautelar innominada en determinado proceso.

d) El Juez determinara el alcance y la duración de la medida cautelar. El operador judicial podrá establecer que abarca la cautela innominada, ya sean bienes, personas, entre otros, y hasta cuando la parte afectada tendrá que soportar la imposición de dicha medida, teniendo la posibilidad de levantarla o reajustarla en el momento que considere indispensable.

e) Puede solicitar de oficio o petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

f) Podrá determinar la caución correspondiente. Con respecto a la caución o contra-cautela, el Código General del Proceso, establece que equivaldrá al 20 % de las pretensiones estimadas por el demandante, cuando estas sean pecuniarias, y que igualmente el Juzgador podrá de oficio o, a petición de parte aumentar o disminuir su monto. Del mismo modo, consagra que para no soportar la imposición

de la cautela, el demandado podrá prestar caución que asegure el cumplimiento real y efectivo de la sentencia, o la indemnización de los perjuicios.

Deduciéndose que esta institución tiene la funcionabilidad de subsanar los perjuicios que se pudieren originar con la implementación de cautelas por parte del Juez, debiendo este examinar las pretensiones del caso y estipular aquella que sea suficiente, y que logre abarcar lo pretendido o causado, es decir que, la caución es una garantía asumida por el sistema jurídico, suscrita por los sujetos procesales que solicitan la imposición de una medida cautelar, ya sea nominada o innominada; asegurando las obligaciones adquiridas, expresadas en el pago de perjuicios generados por sus actuaciones procesales, y manifestando indirectamente la voluntad de cumplir con el deber impuesto, al hacer uso de este mecanismo de seguridad e indemnizatorio que se ejecuta dentro del proceso. (Sentencia C-316, 2012)

Consecuentemente Alvarado (s.f), indica que existen tres clases de cauciones, las cuales son, reales, personales y juratoria. Las cauciones reales, es el gravamen al que se somete un bien determinado, o el pago de una póliza, el depósito judicial o seguro, entre otros, que asevere el cumplimiento y resarcimiento de los daños; las cautelas personales, hacen referencia a un fiador judicial, es decir que, el obligado o el que se obliga es un tercero, no el que solicita la cautela; y finalmente, las cauciones juratorias, es por medio de la cuales, el interesado presta juramento en el que expresa su intención de cumplir con la indemnización que le corresponda.

g) Tener en cuenta los principios de:

1) Apariencia de buen derecho.

2) Necesidad.

3) Efectividad.



#### 4) Proporcionalidad de la medida.

Como se observa en este literal, el Código General del Proceso establece que la aplicación de la medida cautelar innominada deberá estar enmarcada en una serie de principios que son significativos para que el Juez pueda ejecutar de manera idónea este instrumento procesal, los cuales se explicaran a continuación:

##### *Principio de apariencia de buen derecho*

La apariencia de buen derecho, o también conocido como *fumus bonis iuris*, hace referencia al juicio o reflexión hecho por el Juez en sede cautelar para deducir cuales son las probabilidades que existen, en cuanto a la posibilidad de que se le declare al demandante, quien solicita la cautela, el derecho a su favor en la providencia final, sin que esto signifique un prejuzgamiento de la parte; por ello se habla de probabilidad o verosimilitud del derecho, así mismo Calamandrei (1945) expresa que “este principio se refiere a la investigación que se realiza sobre el derecho, es decir que el conocimiento cautelar se limita, en todos los casos, a un juicio de probabilidades y verosimilitud.” (p. 77)

Ahora bien, este juicio de valor realizado por el Juez debe fundamentarse en las pruebas que han sido aportadas al proceso, creando una hipótesis de la posible resolución del conflicto; por ello estos medios probatorios deben lograr un alto grado de probabilidad, equivalente a un menor grado de certeza en la mente del Juez; existiendo la posibilidad de que en el trascurso del proceso con los nuevos medios de prueba, y con la práctica de los mismos se demuestre la inexistencia del derecho de la parte a favor de la cual se decretó la medida cautelar. Corriendo el riesgo que por la naturaleza preventiva de la cautela se afecte el derecho de defensa y el debido proceso de la parte que la soporta, antes de que la misma sea condenada en juicio.

### *Principio de Necesidad*

La necesidad, para este grupo investigador es la insuficiencia, escasez, falta o vacío de algo, lo cual analizado desde el punto de vista jurídico, y desde la perspectiva de la medida cautelar, se reduce a la perentoriedad de esta figura jurídica para cumplir con los fines de la cautela, ya sea nominada o innominada; ya que, el Juez como garante de los derechos de las partes, tiene el deber de revisar y examinar, si efectivamente es imprescindible la imposición de la medida cautelar para protección de los bienes jurídicos que están el litigio, evitando el decreto de cautelas redundantes, sobrepasadas o innecesarias en el proceso, como lo indica Marín (2006), mencionando que “la idea de necesidad podemos entenderla que engloba la idea de peligro de no satisfacción del derecho en sede provisional.” (p. 34)

Por tal motivo, tendrá el Juez la posibilidad de acudir a las razones o preceptos que da la normatividad para la procedencia de la solicitud del demandante sobre la cautela, es decir, cuando el demandado no posee las facultades para cumplir con la obligación o con el derecho que está en controversia dentro del litigio, poniendo en peligro el cumplimiento de la sentencia; cuando exista la posibilidad de que el afectado se ausente del territorio, con el ánimo de establecerse en otra parte sin que se deje preestablecidas las circunstancias para la prevalencia del derecho objeto del litigio, que sirvan como seguro para la providencia emitida por el órgano jurisdiccional; cuando debido a actos sospechosos del demandado, se pretenda evadir o cambiar el curso de la sentencia judicial, o a causa de los daños ocasionados con el paso del tiempo, debido a la congestión del sistema Colombiano; es así como dentro del proceso se podrá convencer al Juez del no decreto de la medida cuando se plantea que la cautela solicitada por la parte interesada no es ineludible para las resultados del proceso judicial.

### *Principio de efectividad*

Este principio, como su nombre lo indica hace referencia a la aptitud o capacidad de obtener un resultado deseado, es decir que con la medida cautelar innominada se proteja de tal manera el derecho de las partes, para que la decisión de fondo en caso de ser favorable al beneficiado, este logre hacerla efectiva y así obtener una verdadera administración de justicia realmente eficaz.

### *El peligro en la demora o la existencia de la amenaza*

El peligro en la demora o también conocido como *periculum in mora*, es un presupuesto establecido para el decreto de la cautela, de amplio desarrollo doctrinal, concerniente al riesgo de que los derechos controvertidos en el proceso judicial, sufran un menoscabo en su integridad con el paso del tiempo, esto debido a la congestión judicial y la concatenada ejecución de los actos procesales, o a causa de las actuaciones malintencionadas del afectado, lo que impida el cumplimiento cabal de la sentencia definitiva. Priori (2006) señala que, el riesgo originado debe ser actual e inminente, o debe tener su origen en el prolongado trámite del litigio, lo que justifica la imposición de la medida cautelar.

De manera que este presupuesto referente al peligro inminente e imprescindible, deberá ser probado por el demandante ante el operador judicial; a través de los medios de prueba que allega con la presentación de la demandada; sin embargo, ante la precariedad de las pruebas, y frente a los términos estipulados por la ley, es merecedor el interesado de lograr la imposición de la cautela, con fundamento en este criterio; debido a que con la practicidad, la latente y real vida judicial, es de entenderse que la persona afectada podrá valerse de los demoradas trámites procesales, para salvaguardar su patrimonio, dándose la calidad de persona no capaz para responder por la obligación adquirida; por ello es conveniente que el operador judicial presuma este peligro a favor de la parte interesada, siendo

pertinente la realización de un examen estricto de los demás criterios estipulados por el legislador.

El principio de proporcionalidad mencionado con anterioridad, establecido por el Código General del Proceso como presupuesto para el decreto de las medidas cautelares innominadas, será desarrollado a continuación, al ser este el eje central del presente proyecto de investigación.

## El principio de proporcionalidad

### *Antecedentes del principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad es una noción universal usada en diversas áreas del conocimiento, inclusive se ha implementado en el mundo jurídico fundamentado en aquel contrato social celebrado por el individuo, quien al encontrarse en un estado de libertad extrema y propenso a los menoscabos en su vida, libertad y bienes por la Ley del más fuerte, vio la necesidad de celebrar un contrato con el Estado para tener a cambio de su libertad restringida, la protección de sus derechos (Locke,1994); dentro del cual, el Estado en cumplimiento de los intereses generales, podría intervenir la órbita estructural del derecho del individuo, privilegiando el interés general sobre el particular, es así como de la relación indicada, y la facultad de inmiscuirse del órgano Estatal en cierta medida en los derechos, emerge la concepción que toda intromisión deberá ser proporcionada y adecuada.

Surgiendo en la vida jurídica una técnica de interpretación que le permitirá al Juez determinar, en qué medida es conveniente o posible la intervención de la Entidad estatal, a través de sus agentes, en los derechos de las personas sin transgredirlos negativamente, por lo cual, la aplicación de este método denominado principio de proporcionalidad evolucionó y se expandió en diferentes áreas del

derecho, inicialmente en el Derecho Prusiano con el sistema policivo, continuando con el Derecho Público Europeo, el Derecho Inglés, el Derecho Comunitario, y el Derecho Constitucional, específicamente en el análisis de la constitucionalidad de una norma, entre otros. Estableciéndose, la proporcionalidad como criterio preponderante para regular el poder público frente a los particulares, la intromisión en sus derechos e intereses y la conexión medio – fin. (Bernal, 2014) A causa de la generalidad que conforma, la aplicación y naturaleza del principio de proporcionalidad, es transcendental indicar que su principal foco de desarrollo se encuentra en la doctrina y jurisprudencia Alemana; seguida por Colombia a nivel constitucional, donde se considera que el principio de proporcionalidad, emana de la Carta Política de aquel país, determinándolo como un límite a los poderes y actuaciones del Estado.

#### *Conceptualización del principio de proporcionalidad*

La proporcionalidad, es una noción desarrollada a nivel nacional e internacional por la doctrina. No obstante, la intención del presente proyecto de investigación es establecer una concepción unitaria que permita visualizar la simplicidad del principio, la naturaleza, y su enfoque constitucional, en especial que sirva de herramienta para el Juez en la resolución de conflictos jurídicos donde se encuentren en pugna los derechos fundamentales, cuando se decreten medidas cautelares innominadas, y con estas se intervengan en el derecho de la parte o terceros afectados dentro del proceso judicial.

Al examinar el principio de proporcionalidad, se debe tener en cuenta que es un principio de orden constitucional, determinado por la doctrina como un mecanismo o técnica de interpretación que permite ejercer control sobre los poderes públicos del Estado, y su incidencia en los derechos e intereses de los particulares, al encontrarse estos vinculados constantemente a las actuaciones del Estado. La disminución del derecho como consecuencia de la intrusión de la Entidad Estatal,

solo estará supeditada a causas específicas que lo justifiquen, evaluándose en la aplicación de este principio, el caso concreto, sus características, y el marco legal y constitucional, junto con los fines que se pretenden conseguir y en definitiva el grado de intervención de la decisión en el derecho del afectado.

Por lo tanto, la proporcionalidad cumple con una doble funcionalidad, por una parte como mecanismo de control del poder estatal y de sus agentes, y por otra como técnica de interpretación orientadora del actuar del operador judicial; puesto que desde la perspectiva en que sea utilizado el enfoque del principio de proporcionalidad, su desarrollo siempre estará encaminado a lograr que las actuaciones y decisiones del poder público, emanadas por funcionarios, servidores, o jueces estén enmarcadas en el ámbito de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como en los fines legales y constitucionales; siendo evidente la importancia que ha adquirido este principio en el desarrollo del proceso y la actividad del Juez dentro del mismo.

De tal manera que, este principio podrá ser aplicado a cualquier área del derecho, donde se vea la necesidad de determinar si la actuación, acción o intervención de los agentes del Estado, es idónea, necesaria y proporcional; quedando el análisis del juicio de proporcionalidad en cabeza del Juez, quien en uso de sus facultades jurisdiccionales y ceñido a los lineamientos trazados por la jurisprudencia y doctrina podrá determinar cuando la decisión se ajusta a derecho, sin descuidar que el análisis de la proporcionalidad está enmarcado en la objetividad, razonabilidad e imparcialidad del Juzgador.

Así mismo señala Arnold, Martinez, Zuñiga (2012) que:

La proporcionalidad es antes que todo un mecanismo de control del poder o, lo que es lo mismo, es un instrumento destinado a medir si la intervención estatal es o no lícita. Y no lo será, sí en la práctica ella se traduce en la anulación o derogación del derecho o libertad de que se trate. (p.86)

Ahora bien, el principio de proporcionalidad se emplea bajo el análisis concatenado de los subprincipios que lo conforman; idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; constituyéndose dicho principio en un concepto unitario que deberá ser analizado en su integridad, teniendo en cuenta cada uno de los lineamientos intrínsecos establecidos dentro de los subprincipios, puesto que una decisión judicial se encontrará dentro de los límites de la proporcionalidad cuando cumpla a cabalidad con cada uno de los subprincipios, que serán explicados a continuación, teniendo como referencia a Bernal (2014):

- Idoneidad, hace referencia a que los medios utilizados por el Juez sean adecuados para obtener el fin perseguido.
- Necesidad está encaminada a realizar un examen para estipular si, el medio usado es el menos gravoso para el afectado, es decir que, no exista otro medio menos dañoso y más idóneo para el cumplimiento del fin previsto.
- Proporcionalidad en sentido estricto, es la ponderación que debe ejecutar el operador judicial para armonizar los derechos aplicables al caso concreto, estableciendo las ventajas y desventajas del medio utilizado, y especificando los sacrificios que se obtienen, los cuales deben ser inferiores a los beneficios, siempre y cuando el medio tenga una relación idónea y necesaria con el fin que se persigue.

Haciéndose la salvedad que en el decreto de las cautelas innominadas, la necesidad no es un principio autónomo, sino un subprincipio de la proporcionalidad, a pesar de que la redacción del Código General de Proceso lo haya establecido como independiente, como si se trataran de cosas distintas, que en su esencia tiene el mismo objetivo y funcionalidad.

### *El principio de proporcionalidad en el proceso judicial*

El estudio del principio de proporcionalidad en el ámbito jurídico colombiano, y dentro del proceso judicial, representa un procedimiento interpretativo ceñido a los lineamientos preestablecidos por la doctrina y jurisprudencia Colombiana, que identifican cuando la intervención de la Entidad Estatal es inadecuada y viola el contenido intrínseco de los derechos fundamentales estipulados dentro del marco normativo de la Constitución imperante.

Señala Díaz (2011) que es un principio al servicio del Juez que lo provee de soluciones adecuadas para la resolución de los problemas jurídicos originados en los conflictos entre derechos fundamentales, puesto que el operador judicial podrá hacer uso del razonamiento lógico y legítimo para determinar si, la medida adoptada es adecuada o excesiva respecto al fin perseguido, y si esta permite el acceso y goce efectivo del derecho cuando sea jurídica y constitucionalmente posible.

La implementación de la proporcionalidad no permitirá que la decisión judicial dependa de la discrecionalidad del Juez, ya que a pesar de no encontrarse expresamente consagrado en la Constitución, esta técnica de interpretación impide la concreción de fallos arbitrarios y desproporcionales; al coadyuvar el correcto ejercicio de la actividad judicial, pues en el Estado Social de Derecho el Juez goza de poderes jurisdiccionales que en principio parecen escapar del imperio de la Ley, al reconocerles la posibilidad de hacer uso de elementos como la sana crítica, la razonabilidad y la subjetividad para analizar en unidad la precisión de las normas y la generalidad de los preceptos constitucionales, lo que no es del todo cierto, dado que, con el uso correcto de técnicas de interpretación como el principio de proporcionalidad, se podrán obtener decisiones judiciales ajustadas a derecho que se adapten a los supuestos de hecho, y que permitan el goce irrestricto de la tutela jurisdiccional efectiva.



Por esta razón, este principio es un criterio que se encuentra ligado a la justicia, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la igualdad de las partes, ya que a través del juicio de proporcionalidad el operador judicial podrá determinar lo más adecuado, lo menos perjudicial y lo más ajustado a los preceptos constitucionales, expresándose los pro y los contras de la decisión adoptada, lo cual es ratificado por autores como Vidal, (2005) quien manifiesta que “no solo exige al Juez ordinario una motivación razonable y expresa, sino la estricta aplicación del principio de proporcionalidad que se configura, por tanto, como un procedimiento jurídico, una regla metodológica construida a partir de criterios lógicos y racionales que otorgan a la decisión judicial un plus de coherencia y, por tanto, de legitimación.” (p.439)

En referencia a lo anterior, la proporcionalidad se enmarca en el ámbito del proceso judicial Colombiano como una técnica de interpretación con la que cuenta el Juez para materializar la esencia constitucional del proceso judicial, y emitir decisiones ajustadas a los principios y normas imperantes, que permitan el goce de los derechos e intereses cuando les corresponda a los intervinientes en ejercicio de su tutela jurisdiccional efectiva; siendo ineludible establecer mecanismos y principios que materialicen en el litigio la realidad jurídica de un determinado país, y las necesidades de sus asociados, cuando aquellos accedan a la jurisdicción.

#### El principio de proporcionalidad en la Corte Constitucional Colombiana

Resulta oportuna analizar el principio de proporcionalidad, a partir de la Constitución de 1991, y desde la perspectiva del Estado Social de Derecho, ya que con la implementación de los mandatos constitucionales, se le permite al Juez examinar la Ley desde su perspectiva general, tomando como base los derechos y principios que desarrolla, entre los que se encuentra la proporcionalidad, como un método de interpretación que controla la actividad del Juzgador y efectiviza los derechos fundamentales de los asociados.

El principio de proporcionalidad es una de las técnicas de interpretación más usadas por esta Corporación para solucionar las colisiones entre derechos y principios, inspirado en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del mismo Alemania y España; aunque la Corte lo ha complementado en su desarrollo jurisprudencial con otros métodos de interpretación de origen Estadounidense, pero adecuando su contenido estructural a las necesidades propias de la legislación interna e impetrándose en el ordenamiento jurídico como la balanza o el equilibrio de las acciones que desencadenen los agentes del Estado frente a los derechos inherentes a las personas que conviven en sociedad.

El Tribunal Constitucional Colombiano, ha definido a la proporcionalidad (Sentencia C 022 de 1996) como la ponderación entre principios constitucionales que chocan, ya que la aplicación de uno disminuye el campo de acción del otro, y debido a esto, le corresponde al Juez en su función de impartir justicia, decidir cuál de estos dos principios controvertidos es el que debe primar, teniendo en cuenta el material probatorio allegado, la Ley, y los fines constitucionales, sin importar de qué tipo de relación se derive ya sea de carácter público o privado; en consecuencia, el principio de proporcionalidad resulta ser “el fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales,” como lo manifiesta Alexy. (Citado por Conesa, 2010. p.354)

No obstante, este principio de carácter constitucional fundamentado en el preámbulo de la Carta Política, ha sido utilizado por esta Corporación constitucional en diferentes ámbitos, en especial en los conflictos que se generan frente al derecho a la igualdad y perfeccionado con otras técnicas jurídicas como el test de igualdad, el de razonabilidad y el juicio integrado de proporcionalidad, los cuales serán explicados a continuación:

### *El test de igualdad*

La Corte Constitucional Colombiana empieza haciendo alusión al principio de proporcionalidad en los conflictos jurídicos suscitados en el derecho a la igualdad, es así como, en Sentencia T 230 del 13 mayo de 1994, se pronuncia en cuanto al trato de los trabajadores sindicalizados, señalando que la igualdad no solo radica en fallar de la misma forma los casos con características similares; sino determinando qué es lo igual o qué es lo desigual. Por tal motivo, se implementó el patrón de igualdad que contiene una doble perspectiva enmarcada en el deber del Estado de dar un trato semejante a sus asociados y el derecho de estos de recibir un trato igual, es decir un método de interpretación para determinar el trato diferenciado.

Este trato diferenciado y análisis del patrón de igualdad ha sido señalado por la Corporación en su insistente jurisprudencia, y reiterado en la Corte Constitucional (Sentencia C-445 de 1995), que cuando una Ley establece una disposición que diferencia no implica la violación del principio de igualdad, ya que dependerá de si el trato diferenciado está fundamentado en la finalidad perseguida por la norma; siendo los elementos del test de igualdad los que aprueban la existencia de un fundamento objetivo y razonable, lo cuales son, la existencia de supuestos de hecho diversos, un fin que sea legítimo, y esté conforme a los valores y principios constitucionales, y finalmente que estos sean coherentes entre sí, es decir que guarde racionalidad y proporcionalidad con los supuestos de hechos y la finalidad; estos parámetros corresponden al deber legal del Juez de ceñirse a los mandatos legales, constitucionales en el caso interpretado.

Si bien, el Tribunal Constitucional Colombiano desarrolla el test de igualdad entre la vinculación de los hechos que se confrontan y el patrón de igualdad, este debe ser justificado por medio del test de razonabilidad, toda vez que evaluado el trato diferenciado, es trascendental examinar la validez del mismo, aplicando la razonabilidad o proporcionalidad, mezclados por esta Corporación en sus providencias, o desarrollados de forma autónoma o como un dependencia del otro.

### *Test de razonabilidad*

El test de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C 022, 1996), es una técnica de interpretación aplicada primordialmente a los conflictos relacionados con el principio de igualdad, con el fin de establecer el criterio notable que fundamenta y sustenta la determinación de un trato diferenciado, es decir justifica la desigualdad a la que ha sido sometida el afectado por parte de la entidad Estatal; aunque la razonabilidad no se aplica de forma independiente, ya que, señala esta Corporación que deberá estar concretado en un principio más específico, el cual es la proporcionalidad como ponderación de los principios o derechos constitucionales en conflicto, destacándose que en algunas ocasiones, la proporcionalidad ha sido desarrollada de forma independiente, al no hacerse alusión a la razonabilidad.

El Tribunal Constitucional indica que para realizarse el test de razonabilidad el Juez deberá tener en cuenta los pasos que serán descritos a continuación:

1. Determinar la existencia fáctica de un tratamiento desigual, y la materia sobre la que recae.
2. Realizar el juicio de razonabilidad, teniendo en cuenta las siguientes etapas:
  - Fijar la existencia del fin que se persigue con el trato desigual, a través de los supuestos de hecho sometidos a juicio del Juez.
  - Determinar que el fin perseguido es válido a la luz de los preceptos constitucionales, es decir que, este sea legítimo y se encuentre conforme a los principios y derechos consignados en la Constitución Política.

- Estipular que el trato desigual sea razonable, es decir, que este tenga una relación proporcional con el fin perseguido, teniendo en cuenta los subprincipios y sus lineamientos intrínsecos para realizar el análisis de proporcionalidad. (Corte Constitucional, Sentencia C 022, 1996)

### *El juicio integrado de igualdad*

El principio integrado de igualdad tiene su génesis en la Sentencia C 093 de 2001, proferida por la honorable corte donde se destacan dos test de análisis y protección del principio de igualdad que son un juicio de intensidades, tomado de la legislación estadounidense que busca justificar un medio-fin, sobre el sentido en que debe ser valorada la norma ya sea con una intensidad que puede ser de un juicio estricto, flexible o leve ; y a su vez un juicio de proporcionalidad, tomado de la legislación alemana, que busca el análisis de la norma cumpliendo siempre con los siguientes requisitos para su aplicabilidad: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en *stricto sensu*. Teniendo en cuenta que se presentaban variaciones y en cada caso se aplicaba un método diferente, sin existir unanimidad ni un patrón de guía, la Corte decidió unir los métodos anteriores, tomando lo más importante de cada uno para conseguir una valoración más efectiva, creando un juicio integrado de igualdad, ajustando así la identificación de las intensidades del derecho de igualdad preestablecidas, y la concordancia de la medida con los fines constitucionales y la idoneidad de la misma para una debida aplicación.

*El test de proporcionalidad analizado desde la perspectiva de la Corte Constitucional.* El principio de proporcionalidad es la técnica de interpretación que le permite al Juez determinar si el medio utilizado tiene un fundamento legal y constitucional, y el grado de afectación de los intereses de las partes intervinientes en el proceso judicial, en aquellos campos donde la Constitución lo permita; cuando lo prohíba, el menoscabo ocasionado deberá ser en el menor grado posible, y ante la

inexistencia de otro medio menos gravoso; siempre y cuando sea en cumplimiento de un fin legítimo.

La Corte Constitucional Colombiana, ha desarrollado la proporcionalidad dentro del test de razonabilidad, conservando los subprincipios indicados por la doctrina Alemana, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y señalando que para aplicar la proporcionalidad en un caso concreto, como puede serlo en las controversias que se deriven del derecho a la igualdad y el establecimiento de un trato desigual, le corresponderá al Juez pasar por cada una de las etapas de la proporcionalidad, desarrollándolas de forma entrelazada y subsiguiente, es decir, que para realizar el juicio de necesidad, primero la medida debió haber superado el de idoneidad y así sucesivamente; no teniendo la facultad el operador judicial de omitir algunos de los subprincipios para realizar el estimado test.

El test de proporcionalidad o juicio de proporcionalidad desarrollado por esta Corporación constitucional (Sentencia C 022, 1996) se ajusta a los lineamientos que serán expuestos a continuación; “(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”.(p.10)

En suma, el Tribunal Constitucional Colombiano incorporó el principio de proporcionalidad como técnica de interpretación para controlar la actuación judicial y sus intervenciones en los derechos fundamentales, aplicándolo inicialmente a las controversias generadas en el derecho de igualdad; esta Corporación unifica en un sólo análisis el principio de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, toda vez, que con el primero solo el Juez deberá determinar la existencia de un trato diferenciado, y con los subsiguientes podrá justificar dicho trato diferenciado, al darle validez jurídica y al contrastarlo con las Leyes y normas constitucionales.

No solo implementó la razonabilidad y proporcionalidad dentro del test de igualdad, puesto que en su desarrollo jurisprudencial empezó a incluir el juicio de intensidades del derecho de la doctrina y jurisprudencia estadounidense, encaminado a determinar los juicios de igualdad desde las distintas intensidades (leve, intermedio, restringido) del derecho, a fin de gozar de diversos métodos de interpretación que faciliten la resolución de cada caso concreto; pero dicha Corporación ha manifestado que en los casos relacionados con él estudio de la igualdad prefiere hacer uso del juicio de proporcionalidad o razonabilidad, en cambio en otros casos ha utilizado el juicio de los de distinta intensidad.

De lo anterior, se generaron una serie de dudas sobre la implementación de un determinado test, o juicio para cada caso concreto, lo que llevó a esta corporación a hacer uso de estos dos enfoques, complementándolos y originándose el juicio integrado de proporcionalidad, donde se llevaría a cabo el análisis de los subprincipios propios de la proporcionalidad, pero en ciertos casos y según la naturaleza de la norma estudiada, se graduarían las intensidades de los subprincipios, forjándose una respuesta a los criterios discriminatorios de diferenciación y a las restricciones que se ocasionen, a través de este juicio, el cual tiene por esencia el análisis de los elementos como un todo y no como la sumatoria de partes separables. (Vivas, 2012) No obstante, Bernal (s.f.) señala que en realidad el Tribunal Constitucional no desarrolla la estructura de cada uno de los subprincipios, imitando el modelo norteamericano, ya que, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es someramente mencionado, y el de necesidad, también denominado por esta corporación como indispensabilidad, no corresponde al subprincipio propio de la proporcionalidad.

Por otro lado, el uso del principio de proporcionalidad o también conocido como el juicio integrado de proporcionalidad, no solo podría ser utilizado restrictivamente para el derecho a la igualdad como se evidencia en la Sentencia C 309 de 1997, sino que concurre la posibilidad de hacerse extensivo a otros derechos constitucionales,

teniendo por objetivo que las leyes Colombianas reguladoras de derechos fundamentales tuviesen disposiciones que se encontraran ajustadas a la Carta Política, en aquellos casos donde la normatividad pone en un grado de superioridad un derecho, por encima de otro, o cuando el interés general o también llamado interés estatal colisiona con derechos particulares de los ciudadanos Colombianos.

En conclusión, la esencia del principio de proporcionalidad implementado por la Corte Constitucional, está encaminada a preservar los mandatos constitucionales a través del juicio de constitucionalidad de una norma, cuando en estos existan choques entre derechos o principios constitucionales, además que estas decisiones son de aplicación general y crean precedentes que orientan a los operadores judiciales, cuando sobre estos recaiga la obligación jurisdiccional de resolver casos donde se encuentre derechos fundamentales en conflicto; quienes en aplicación del test proporcionalidad podrán evaluar, si el medio adoptado es adecuado, necesario y proporcional a los fines preestablecidos, que son aquellos señalados por la misma Constitución.

#### Aplicación del principio de proporcionalidad en el decreto de la medida cautelar innominada en la Jurisdicción Ordinaria Civil

Cabe resaltar, que una vez estudiada la esencia, y naturaleza de la medida cautelar innominada, y del principio de proporcionalidad frente al proceso judicial y su desarrollo en la Corte Constitucional Colombiana, se puede inferir que la existencia de la proporcionalidad en el decreto de las cautelas innominadas es necesaria, ya que, a través del análisis de los subprincipios, el Juez podrá determinar o establecer correctamente si la medida que se solicita o se pretende modificar o adicionar, es apta y cumple con las exigencias de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, la proporcionalidad como criterio general del derecho Colombiano y aplicado a materias como la Constitucional, con fines y efectos diferentes, puede producir que la inexperiencia, la novedad, y la falta



de preparación de algunos operadores judiciales, tenga como consecuencia decisiones fundamentadas en un principio analizado incorrectamente y desde perspectivas diversas a las indicadas por el Tribunal Constitucional, o simplemente en decisiones sin sustento legal.

Situación que se visualizó en los Juzgados Civiles y en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, donde la constante renuencia de los funcionarios públicos al tema de las cautelas innominadas, y al principio de proporcionalidad, demostró que gran parte del sistema judicial cucuteño no está capacitado para abordar decisiones en las que se incluyan el decreto de las medidas cautelares innominadas, debido a que se tiene una idea superficial de la aplicación constitucional de la proporcionalidad, de su utilidad, conceptualización y naturaleza; y que algunos desconocen totalmente esta técnica de interpretación, no teniendo los Jueces Civiles del Distrito Judicial de Cúcuta, y sus funcionarios judiciales una idea clara de cómo realizar el juicio de proporcionalidad; además del miedo que representa para estos el decreto de cautelas innominadas, quienes arguyen la posibilidad de que con estas decisiones se presenten futuras repercusiones jurídicas que se concreten en un error judicial con la imposición de una medida que vulnere o menoscabe el derecho de la parte contraria.

Del estudio doctrinal y jurisprudencial del principio de proporcionalidad, se determinó que la funcionabilidad y naturaleza del principio es de orden constitucional, y tiene por finalidad regular el actuar de los agentes del Estado cuando se vean involucrados en los derechos fundamentales de los asociados, sin importar que sea en el área constitucional o civil, que es el caso que nos ocupa con la imposición de una cautela innominada, ya que, la intervención en los derechos del particular deberá hacerse bajo el estricto cumplimiento de los principios establecidos por el legislador, en especial haciéndose uso del test de proporcionalidad, que emana del Estado Social de Derecho, y que ha sido reconocido por la Honorable Corte Constitucional como una técnica de interpretación que sirve para controlar los poderes públicos del Estado, y su intervención en los derechos e intereses de los particulares o las partes

intervinientes en el proceso; entorno que es semejante al análisis ejecutado en el decreto de la cautela innominada, puesto que, el trabajo del Juez está enfocado en establecer si es pertinente limitar los derechos de la parte demandante, para proteger los de la parte demandada, que en principio parece ser el titular del derecho controvertido.

No obstante, los efectos de estas decisiones judiciales son diversas, ya que el ejercicio de la proporcionalidad hecho por la Corte Constitucional Colombiana es utilizado para la defensa y protección de los derechos fundamentales en las acciones de tutela y declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma en casos abstractos y con efectos erga omnes; en cambio, el Juez Civil solo analizará esta principio complementado con los otros presupuestos indicados por el Código General de Proceso en un determinado caso concreto, y en cumplimiento de los fines de la medida cautelar; situación que concuerda con la doble connotación dada por Peyrano (2011) del principio de proporcionalidad, al establecerle dos perspectivas sobre su utilización, encontrándose en primer lugar la proporcionalidad comparativa utilizada para resolver conflictos entre valores y principios en controversia, como la implementada por el Tribunal Constitucional a través de su test integrado de proporcionalidad; y en segundo lugar la proporcionalidad utilitaria que consiste en determinar si los medios judiciales usados son los idóneos para conseguir el fin perseguido, en este caso garantizar la tutela jurisdiccional efectiva y la igualdad de las partes, encajando está con el decreto de la medida cautelar innominada.

Es así como, al aplicar la proporcionalidad en el decreto de las cautelas innominadas, y tomando como referencia la doble perspectiva indicada por el autor mencionado, se considera que en esencia es el mismo principio del que se habla, pero implementado en situaciones distintas; de tal manera que el Juez Civil deberá tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el principio clásico de proporcionalidad, no obstante es preciso advertir que esta Corporación lo ha venido complementado con otras técnicas de interpretación tomadas de otros países, lo cual genera confusiones al momento de implementarlo

en el área procesal civil, ya que es impreciso anexar al análisis los juicios de intensidad del derecho o el test igualdad en el decreto de la cautela innominada.

Por lo tanto, el desarrollo de los subprincipios de la proporcionalidad con inclinación constitucional y doctrinal servirán de base para la aplicación de dicho principio en los procesos declarativos tramitados ante la Jurisdicción Ordinaria Civil, pero debido a las consideraciones expresadas con anterioridad, es transcendental desentrañar dentro de los mencionados subprincipios, lineamientos que se ajusten a la esencia, características, utilidad y finalidad de la medida cautelar innominada, lo cual facilitará la aplicación de esta figura jurídica por parte de los Jueces Civiles, al concederle herramientas que podrá tener en cuenta para tomar decisiones en derecho y correctamente fundamentadas dentro del escrito que las consagra, por medio del ejercicio práctico del test de proporcionalidad propuesto.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad decantado por la Corte Constitucional no quedará supeditado al desarrollo en este ámbito, sino que podrá hacerse extensivo al Proceso Civil, al ser concebido dentro del Código General del Proceso como unos de los criterios que deberá tener en cuenta el Juez para decretar una cautela innominada; sin embargo ante la amplitud conceptual y la complejidad del principio de proporcionalidad desarrollado por esta Corporación, al incluir dentro de su análisis el juicio de intensidades del derecho; es pertinente que solo en el decreto de la medida cautelar innominada, se implemente acorde a los subprincipios que lo desarrollan y han sido regulados por la doctrina, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; siendo la idoneidad, la debida adecuación de los medios; la necesidad, el uso de dichos medios para obtener un fin; y la proporcionalidad en sentido estricto, la ponderación entre el medio y el fin para obtener una relación armónica entre estos, lo cual ha sido expresado consecuentemente por Alexy (Citado por Insignares y Molinares, 2012) al determinar que en primer momento se debe definir la afectación de uno de los principios, luego se definirá la importancia de la satisfacción del principio contrario, y posteriormente

se determinara, si la satisfacción del principio contrario, justifica la afectación o sacrificio del otro.

*Lineamientos para la aplicación del principio de proporcionalidad en el decreto de la medida cautelar innominada en la Jurisdicción Ordinaria Civil Colombiana.*

Consecuentemente con lo expresado en los párrafos anteriores, y frente a la ejecución del juicio de proporcionalidad en el decreto de las cautelas innominadas, el grupo investigador propone una serie de lineamientos o límites dentro de los subprincipios que conforma la proporcionalidad, que podrán ser tenidos en cuenta por los operadores judiciales y los funcionarios públicos para el ejercicio de dicho principio en el análisis concienzudo de la imposición la cautela, el cual deberá ser expuesto plenamente dentro del auto que las decreta, desarrollándose de forma concatenada y subsiguiente la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

De acuerdo a lo anterior, Ariano (2003) menciona que los límites al poder cautelar genérico otorgado al Juzgador mediante la potestad de imponer medidas cautelares atípicas, se encuentra en los fines propios de la cautela, es decir, en la instrumentalidad y provisionalidad, los cuales servirán de base para que el grupo investigador indique los lineamientos existentes dentro de los subprincipios de la proporcionalidad, expuestos a continuación.

*Juicio de proporcionalidad aplicable en la medida cautelar innominada*

1. Idoneidad.

En el subprincipio de idoneidad se deberán determinar:

a) Los fundamentos constitucionales y legales de la finalidad que se persigue con el decreto de la medida cautelar innominada en el caso concreto, a fin de evitar la posible ilicitud de la misma.

b) Una cautela innominada dirigida a evitar sucesos perjudiciales para las resueltas del proceso, ya sea a causa del tiempo u otra circunstancia.

c) Una medida cautelar innominada dirigida a eliminar las consecuencias dañosas producidas o las futuras.

d) Una medida cautelar innominada, cuya función sea netamente preventiva, es decir que, el derecho controvertido quede en manos de la tutela de fondo.

## 2. Necesidad.

En el subprincipio de necesidad deberán determinar:

a) Que al decretar la medida cautelar innominada, no exista otro mecanismo que pueda satisfacer el fin perseguido por la misma, y en caso de existir instrumentos igualmente idóneos, se deberá elegir el menos gravoso para la parte que la soporta.

b) Al ser decretada con anterioridad una cautela que proteja correctamente los derechos en litigio, no se acceda a la práctica de la medida cautelar innominada.

## 3. Proporcionalidad en sentido estricto.

En el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se deberán tener en cuenta los siguientes lineamientos:

a) La medida cautelar innominada, no le otorgue al sujeto activo de la misma más de aquello que le será reconocido en sede de tutela de fondo.

b) La cautela innominada, no podrá tener un contenido y efectos objetivamente irreversibles o que sean de difícil reversión.

c) La medida cautelar innominada, deber tener en cuenta los intereses del sujeto pasivo, evitando que la misma produzca efectos dañosos. (Ariano, 2003)

Es deber de los juristas y estudiantes investigadores analizar las disposiciones del legislador, con el fin de esclarecer las figuras jurídicas o técnicas de interpretación que se establecen, para dotar al Juez de instituciones que dinamicen y faciliten el proceso judicial sin que estos se vean inmersos en confusiones sobre la aplicación o implementación de novedosas figuras jurídicas, como en el caso del principio de proporcionalidad y la medida cautelar innominada. De esta manera se puede garantizar dentro del litigio, la tutela jurisdiccional efectiva, la igualdad de las partes, la seguridad jurídica, entre otros derechos constitucionales; al evitar la concreción de decisiones arbitrarias y extensivas, que desvirtúen el Estado Social de Derecho, el concepto de justicia, y la esencia del proceso judicial.

Con la indebida aplicación de la cautela innominada, y conforme a los posibles errores que se puedan ocasionar, comprobado en los casos que serán expuestos a continuación, se producirían perjuicios irremediables a la parte afectada, sentencias ilusorias, demandas por responsabilidad contra el Estado Colombiano, o hasta la no aplicación de las cautelas innominadas, al punto de que se exija su eliminación.

Por ello, es indispensable no solo dotar al Juez de medios que aseguren eficazmente el cumplimiento de las providencias finales, sino también de métodos de interpretación que justifiquen sus decisiones, y permitan el correcto funcionamiento de la administración de justicia; teniéndose el deber de orientar utilización del principio de proporcionalidad bajo la implementación de parámetros que sirvan de

base para el Juez, ya sea para la adopción de otras medidas, o la imposición de las cautelas innominadas, ya que, el proceso tiene un carácter social, siendo indispensable que los medios utilizados sean de fácil entendimiento y aplicación, no es necesaria la implementación de métodos confusos e inentendibles, sino de aquellos que se adapten a las necesidades del proceso y de la realidad jurídica.

#### Casos de errores judiciales en la aplicación de las medidas cautelares

##### El error judicial en las medidas cautelares nominadas

Se considera importante traer a colación un caso significativo para ejemplificar el peligro que se puede causar al interpretar de manera errónea o no interpretar el principio de proporcionalidad que trae consigo el literal C del artículo 590 del Código General del Proceso; que a pesar de buscar la defensa de derechos sustanciales y la eficacia de la administración de justicia, podría convertirse en un accionar contraproducente al hacerse un uso indiscriminado del mismo; vulnerando principios tan indispensables como la igualdad de las partes, el debido proceso y hasta la garantía de sus derechos fundamentales, puesto que “la necesidad del proceso para obtener la razón, no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón” Carnelutti (citado en Marín, 2006. p.20).

##### *Caso No.1*

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil (Sentencia 13 de diciembre de 1968) decidió sobre el recurso de Casación interpuesto por el señor Agustín Perdomo Ipuz contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, dentro del proceso ordinario de Responsabilidad Civil Extracontractual seguido contra el señor Cesar Perdomo Cabrera; como consecuencia de la solicitud de una medidas cautelares de embargo y secuestro preventivo de un toro reproductor de raza cebú y de la cosecha de un cacaotal ante el Juzgado Primero

Promiscuo Municipal de Neiva por concepto de una deuda equivalente al valor de unos pastajes para ganado a favor del señor Agustín Perdomo Ipuz y su apoderado el señor Cesar Perdomo Cabrera; bienes que el señor Pedro Vargas Lasso tenía en su finca San Agustín, ubicada en el municipio la Rivera.

El problema radicó en que la medida cautelar decretada por el Juzgado se hizo extensiva a 35 cabezas de ganado vacuno propio de lechería con sus correspondientes crías, a solicitud de la parte demandante; la cual se hizo efectiva el 16 de diciembre de 1960 y culminó el 27 octubre de 1961, quedando privado así, el señor Pedro Vargas Lasso del uso y disfrute de sus bienes, por un tiempo estimado en aproximadamente diez meses, sumándole los gastos de defensa producto del proceso judicial y la pérdida de unos semovientes durante el secuestro de los mismos. Además que las pretensiones del demandante fueron declaradas imprósperas en dicho proceso, quedando el señor Pedro Vargas Lasso libre de cualquier cargo judicial, pero menoscabado en sus derechos patrimoniales y fundamentales.

Por tal motivo, el Tribunal confirma la sentencia de primera instancia, y condena al señor Agustín Perdomo Ipuz a pagar los perjuicios y daños causados al señor Pedro Vargas Lasso, junto con las costas del recurso, pues consideró que las medidas cautelares solicitadas eran excesivas, ya que era suficiente con el solo secuestro del semoviente para la satisfacción de la deuda pretendida; no conforme con la respuesta del tribunal, el afectado en el recurso extraordinario de Casación solicita que se comparta el pago de la condena con su apoderado el señor Cesar Perdomo Cabrera, argumentado que debió velar por la correcta aplicación de la Ley y la primacía de los derechos fundamentales controvertidos, sin llegar a vulnerar los ajenos, en su calidad de abogado y de acuerdo a su ética profesional, conllevando a que la Corte Suprema de Justicia Casara parcialmente la Sentencia, ratificando la responsabilidad del abogado por incurrir en ilicitud de las actuaciones judiciales.



Como se puede observar, a pesar que la medida cautelar de embargo y secuestro era nominada e inicialmente el Juzgado había decretado una cautela que cumplía con los fines constitucionales de la misma, fue solicitada por la parte demandante, y decretada por el Juez una medida cautelar adicional; lo que conllevó a una responsabilidad civil extracontractual, quedando demostrado por el Tribunal, y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil que en el trámite procesal se le causaron daños irreparables a la parte accionada con las desproporcionadas cautelas, no solo por la mala fe del señor Agustín Perdomo Ipuz, y su apoderado Cesar Perdomo Cabrera, sino también por la ausencia del Juez como garante de los derechos fundamentales, y como intérprete de la Ley, pues si bien es cierto, dichas medidas las solicitaron las partes interesadas, el juez debió realizar un examen juicioso respecto a las peticiones y sobre la pretensión objeto del litigio, pues en dicho momento ya tenía conocimiento de las mismas con el escrito introductorio de la demanda; ya que los bienes objeto de la medida cautelar representaban para el señor Pedro Vargas Lasso, el sustento diario que le permitía vivir en condiciones dignas; afectándose no solo el derecho patrimonial del demandado, sino el derecho a la vida, salud, entre otros de rango constitucional y de especial protección.

Es así como, con el decreto de las cautelas nominadas, a pesar de encontrarse taxativamente consagradas por el legislador, y estar determinados los supuestos de hecho en los cuales proceden, se pueden llegar a causar daños irremediables a la parte que las soporta, cuando el Juez no sea acucioso en su estudio; siendo necesario insistir en la obligación que tiene los operadores judiciales de realizar el análisis del caso concreto, en consonancia con los presupuestos otorgados por el legislador para el decreto de la medida cautelar, en especial del principio de proporcionalidad.

Si en este caso se aplicará la lógica de los lineamientos establecidos por el grupo investigador, el Juez determinaría inicialmente con el subprincipio de idoneidad que la medida cautelar decretada de embargo y secuestro del toro reproductor de raza cebú y la cosecha de un cacaotal, buscaba cumplir los fines constitucionales de

la misma, es decir el pago efectivo de las obligaciones que tenía el demandado con el demandante según las pruebas aportadas al proceso judicial, pero ante la inactividad de la parte demandada dentro del trámite procesal, el Juzgado extendió la cautela a 35 cabezas de ganado propios de lechería, y sus correspondientes crías, buscando asegurar las pretensiones de la parte demandante que parecía ser la titular del derecho, y cuya decisión definitiva aún se encontraba atada a la tutela de fondo; pareciendo en principio que las cautelas decretadas eran idóneas, superando así la primera etapa del análisis del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, el examen de la proporcionalidad no termina con el subprincipio idoneidad, ya que establecida la idoneidad de la cautela, el Juez deberá examinar la necesidad de la misma, determinando que no existe otro mecanismo que satisfaga el fin perseguido, u otro igualmente idóneo pero menos gravoso que proteja correctamente el derecho objeto del litigio; situación contraria a la evidenciada en el caso concreto, ya que las medidas implementadas sobrepasaban la cuantía de la pretensión, como fue manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, indicándose que con la medida inicialmente decretada era suficiente para resguardar el derecho de la parte, sobrando en este caso el embargo y secuestro de las 35 cabezas de ganado y sus crías; no siendo necesaria la medida cautelar adicional decretada por el Juzgado.

En consecuencia, la medida cautelar tampoco cumple con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al otorgársele al demandante más de lo pretendido o de lo que le será reconocido en la providencia que pone fin al proceso; además que los efectos de la medida son irreversibles, toda vez que, la caución prestada no fue suficiente para sobrellevar los daños que se le ocasionaron al demandado, quien dejó de gozar por el tiempo de duración de la medida de los frutos de sus bienes muebles, y sobre los semovientes que se perdieron en la ejecución de cautela; es notable que en el caso concreto, el Juez descuidó los intereses y derechos de la parte demandada, al dedicarse sólo a la protección irrestricta de lo

pretendido por el demandado; no lográndose con la aplicación de las medidas la tutela jurisdiccional efectiva a quien le corresponde.

Por ello, es indispensable que el operador judicial, en consonancia con los lineamientos establecidos por el grupo investigador examine el principio de proporcionalidad, y motive en el auto que decreta las medidas cautelares la decisión de implementarlas, ya que al evidenciarse daños notorios con el uso de estas cautelas, existe la posibilidad de que con la implementación de las innominadas y la discrecionalidad otorgada por esta figura jurídica al operador judicial, tenga como consecuencia que en su aplicación se produzcan decisiones arbitrarias y excesivas que menoscaben los derechos de la parte afectada. De allí, que Ramos (2006) señale que el operador judicial en el decreto de la medidas cautelar deberá usar y realizar el examen de proporcionalidad, teniendo en cuenta los intereses en conflicto y los daños que pudiesen llegar a causarse.

### El error judicial en las medidas cautelares innominadas

#### *Caso No. 2*

El grupo investigador vio la necesidad de indagar a fondo en la jurisdicción civil del Distrito Judicial de Cúcuta, casos concretos en los cuales se haya impuesto una medida cautelar innominada, encontrándose que el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil- Familia de Cúcuta en auto del 29 de mayo de 2014(Radicado 2014-00086-01) se resolvió recurso de apelación contra el auto que decreta medida cautelar en el proceso ordinario de nulidad de escritura pública contentiva en testamento y nulidad de escritura pública de la liquidación de herencia, teniendo en cuenta que este ya había sido objeto del recurso de reposición, conservando el

Juzgado de Primera Instancia su posición con respecto a la procedencia de la medida cautelar innominada.

El recurso de apelación fue sustentado por el apoderado de la parte demandada fundamentándose en que no podían concurrir dentro del mismo proceso las medidas cautelares de inscripción de la demanda, y el secuestro de los bienes del establecimiento Exclusivas América, indicando que conforme a la regulación civil no es posible el decreto del secuestro en procesos como el mencionado, y que a pesar de ello la cautela de inscripción de la demanda era suficiente para salvaguardar las pretensiones de la parte demandante.

En respuesta a la solicitud, el Tribunal Superior de Cúcuta en su sala civil determinó que era procedente el decreto del secuestro en los procesos ordinarios declarativos, ya que el Código General del Proceso consagró una nueva figura jurídica que podrá ser usada por el Juez para decretar las cautelas que considerara necesarias; por ello, el Juez de Primera Instancia podía hacer uso de esta nueva herramienta procesal, incluso con la utilización de medidas que se encuentren consagradas en el código en supuestos hecho no estipulados, puesto que el legislador no especifica si el carácter de innominada solo lo configuran aquellas que son producto de la subjetividad del Juez, o cualquier otra medida que se encuentre estipulada en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Afirmando el Tribunal que en el presente caso, el secuestro decretado tiene la calidad de cautela innominada, no obstante es obligación del Juzgador la realización de un análisis exhaustivo de los presupuestos indicados por el legislador para fijar la procedencia de la misma, requisito que no fue agotado, al no ejecutarse la confrontación argumentativa entre la medida innominada solicitada, los requisitos que esta exige y la finalidad de la misma, y así mismo que debía estar dentro de las motivaciones mencionadas por el Juez el sustento lógico de su adopción, con el fin de garantizar el principio de lealtad procesal; por lo cual la medida cautelar de secuestro, fue negada por la falta de interpretación adecuada de los criterios que se

requieren para su aplicación, en especial el de proporcionalidad, y por el pago insuficiente de la caución, ya que la existente solo abarcaba la medida nominada y dejaba desprotegido al demandado por los posibles perjuicios que se pudieren ocasionar con la cautela innominada.

Por tal motivo, fue omitido el análisis del presupuesto de proporcionalidad para el decreto de la cautela innominada, ya que no solo excedían los intereses de la parte demandante, sino que era flagrantemente invasiva; siendo desproporcionada la medida para lo pretendido, y ausente de cualquier tipo de motivación por parte del operador judicial. En estas circunstancias, es donde el Juez cumple un papel excepcional, teniendo el deber legal de analizar la medida bajo los criterios establecidos por el Código General del Proceso en especial el principio de proporcionalidad, ya que este le indicará de manera equitativa hasta qué punto es procedente invadir la esfera de los derechos del demandando, y además la obligación de exigirle al demandante la prestación de una caución suficiente que cubra de manera segura los posibles daños que se puedan generar; ya que es ineludible que el operador judicial no solo proteja los derechos de las partes intervinientes, sino también el patrimonio del Estado Colombiano evitando posibles demandas por error judicial, como consecuencia de los perjuicios que se causen con el incorrecta aplicación de las cautelas.

#### Responsabilidad por la indebida aplicación de las medidas cautelares innominadas

Se demuestra que la aplicación errónea de las medidas cautelares innominadas, conllevarían a ocasionar perjuicios irremediables a las partes afectadas, inclusive si la caución que se establece para la protección de tales derechos es insuficiente, lo cual no solo produciría responsabilidad en las partes solicitantes, sino en el Juez, quien con el nuevo código podrá determinar su procedencia modificándola o decretando la que considere adecuada, y así mismo

podrá establecer el alcance de la medida; recayendo en él, el compromiso de hacer valer los derechos de las partes e intervinientes en el proceso.

Aunque la responsabilidad producto de las acciones jurisdiccionales del Juez, que ocasionaron perjuicios a las partes, no solo está en cabeza el funcionario judicial, sino del Estado Colombiano, al ser este un agente del mismo, quien dentro del proceso podrá llamarlo a responder y en el caso de ser condenada la Entidad Estatal, esta podrá repetir contra él, conforme lo ha establecido, el artículo 90 de la Constitución Política, es por esto que, la misión confiada a los Jueces, los ubica en la cúspide del sistema jurídico, ya que, sus disposiciones constituyen la instancia donde se harán hacer valer los derechos y pretensiones, e inclusive la obligatoriedad que recae sobre los intervinientes; y que esta tarea comporta riesgos imputables al operador judicial, lo que genera mayor responsabilidad en el funcionario, y la significación que tiene el ejercicio de sus funciones en los derechos constitucionales de una persona; donde el proceso como garantía de los mismos, no podrá desfigurarse por el incorrecto actuar de sus funcionarios los preceptos legales y garantías constitucionales. (Méndez, 1992. p. 133)

De allí resulta la importancia de realizar el análisis pertinente de los criterios establecidos por el legislador en especial el de proporcionalidad, toda vez que, el factor común entre los dos casos expuestos son el decreto de cautelas excesivas a favor de los demandantes que se encontraban legitimados, que gozaban de apariencia de buen derecho, y a los que se les podría ocasionar daños con el no decreto de la medida, o sentencias ilusorias. Recalcando que aún no había certeza de que el derecho controvertido les correspondiera, ya que el Juez para el decreto de la cautela solo cuenta con las pruebas allegadas en la demanda, es decir intereses o pretensiones que dentro del trámite procesal pueden ser desvirtuados.

## CONCLUSIONES

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

El legislador dentro del estatuto procesal, no es claro al indicar qué medidas serán consideradas como atípicas, o innominadas; por lo cual se ha considerado que podrán dentro del litigio coexistir las dos figuras jurídicas, y además que no solo tendrán el carácter de innominadas aquellas de diseño o creación judicial, sino todas aquellas que se encuentren consagradas en el ordenamiento jurídico Colombiano, y que sean utilizadas en los casos no previstos por la Ley, es decir que, el Juzgador y el demandante tendrá la posibilidad de escoger entre el sin número de cautelas que son estipuladas en las diferentes áreas del derecho, para el fin que ellos determinen, siempre y cuando se encuentre ajustados a los presupuestos indicados en el texto del artículo.

Adicionalmente, el Juez de manera oficiosa tendrá la posibilidad de imponer la medida que considere necesaria, ya que, el Código General del Proceso le da la potestad de modificar, revocar o cambiar la medida cautelar innominada solicitada por la parte interesada, otorgándole el legislador un amplio poder cautelar genérico, el cual puede representar un peligro para la parte afectada, al ocasionarle perjuicios excesivos e irreparables con la misma, lo cual se evidenció dentro de la investigación con los casos concretos expuestos, donde se indica la falla judicial en el uso tanto de medida nominada como innominada, equivaliendo dichas situaciones a futuras demandas contra el Estado por error judicial.

Por esta razón, es ineludible la utilización adecuada de cada uno de los presupuesto establecidos dentro del Código para el decreto de la medida cautelar innominada, considerándose como punto esencial para el grupo investigador el principio de proporcionalidad, no siendo pertinente la aplicación del desarrollo dado por el Tribunal Constitucional, que lo establece como la ponderación que se debe tener en cuenta para la resolución de conflictos generados en el choque de derechos fundamentales; sino adecuarlo a los fines del proceso civil y de la medida cautelar.

Debido a que, sobre el concepto de proporcionalidad no existe unificación, ya que ha tenido un desarrollo jurisprudencial cambiante dentro de la corporación constitucional; es importante remitirnos a la doctrina y atender al test propuesto por este grupo investigador, que tienen por fundamento los siguientes lineamientos:

Idoneidad, para que ninguna medida sea ilícita, evitando daños futuros, perjuicios por causa u ocasión del tiempo, y que dicha medida sea preventiva y el derecho controvertido sea decidido en la tutela de fondo.

Necesidad, se debe determinar que al momento de decretar la medida no exista otro mecanismo idóneo, en caso de serlo se debe aplicar el menos gravoso para la parte que lo soporta.

Proporcionalidad en sentido estricto, se debe tener en cuenta que no se le conceda a la parte activa con el decreto de la medida, más de lo que se puede fallar en la tutela de fondo, se debe evitar que su contenido u objetivos sean irreversibles o de difícil reversión, teniendo siempre en cuenta los intereses de la parte pasiva evitando que se le ocasione efectos dañosos.

La debida aplicación del principio de proporcionalidad dentro del proceso, garantizara la seguridad jurídica, la igualdad de las partes, y la tutela jurisdiccional efectiva, y de esta forma tanto los operadores judiciales, como sus funcionarios, se podrán valer de esta investigación para una debida aplicación de la medida cautelar innominada y



así comprender de una manera más práctica y factible la aplicación del principio de proporcionalidad dentro del decreto de las cautelas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alexy, R. (2008). Formula del peso. En: Carbonell, M. Alexy, R. Bernal, C. Moreso, J. Prieto, L. Clerico, L. Villaverde, I. Cartiñera, T. Sanchez, R. Lopera, G. Avila, R. *El principio de oportunidad y la interpretación constitucional*. (pp. 13 - 42). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Arnold, R. Martinez, J. Zuñiga, F. (2012, 02 de mayo). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, (1), 65-116.
- Alvarado Belloso, A. El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión. En estudios sobre diversos temas de derecho procesal.
- Ariano Deho, E. (2003). *Problemas del Proceso Civil*. Lima: Juristas Editores.
- Barnes, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado comunitario. *Revista de Administración Pública*, (135), 500.
- Barrozo, T. C. (2008). *Eficacia de las medidas cautelares en los procesos declarativos ordinarios en la legislación colombiana*. Cartagena: Universidad Libre de Colombia.
- Bernal Pulido, C. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Buitrago Castillo, 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* (Tesis de pregrado). Universidad Católica, Colombia.
- Canelo, R. (2014). El protagonismo del Poder Judicial en el marco del Derecho Procesal a través de las medidas cautelares: El debate entre el Eficientismo y Garantismo Procesal. *Docentia et investigatio*, (3), 4.
- Calamandrei. P. (1984). *Providencias cautelares*. Buenos aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

- Calmandrei, P. (1945). *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Argentina: Editorial Bibliografía.
- Carbonell, M. Alexy, R. Bernal, C. Moreso, J. Prieto, L. Clerico, L. Villaverde, I. Cartiñera, T. Sánchez, R. Lopera, G. Avila, R. (2008). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Chamorro Bernal, Francisco. (1994). *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: S.A. Editorial Bosch.
- Couture, E. (1978). *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Depalma.
- Colmenares, C. A. (2011). Las medidas cautelares y autosatisfactivas en el contexto constitucional de la tutela efectiva colombo-venezolana. *Revista academia y derecho*, (2),60.
- Conesa Labastida, L. La tropicalización del principio de proporcionalidad. *Revista de Derecho Político*, 351 – 377.
- Colombia. Corte Constitucional. (1994) Sentencia T-230. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Colombia. Corte Constitucional. (1995) Sentencia T-445. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. (1997) Sentencia C-054. Magistrado Ponente: Barrera Carbonell, A.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996) Sentencia C- 666. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia. Corte Constitucional. (1996) Sentencia C-022. Magistrado Ponente: Gaviria Díaz, C.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001) Sentencia C-093. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. (2001) Sentencia C-673. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012) Sentencia C-316. Magistrado Ponente: Mauricio Gonzales Cuervo.

- Colombia. Congreso de la República. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2012. no. 48-489.
- Colombia. Congreso de la República. Decreto 400. (06, agosto, 1970). Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1970. no. 33-150.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (1968) Sentencia del 13 de diciembre. Magistrado Ponente: Guillermo Ospina Fernández.
- Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. Sala Civil- Familia. (2014) Auto del 30 de mayo. Magistrado Ponente: Guillermo Ramírez Dueñas.
- Devis Echandia, H. (1994). *Compendio de derecho procesal. Parte general*. Bogotá: Temis.
- Díaz García, I. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 167 - 206.
- Escobar Martínez, M. (2012). *La legitimación en la causa y su aplicación en la acción de simulación incoada por compañeros permanentes en Colombia* (Tesis maestría). Universidad de Antioquia, Medellín.
- Gallardo, J. (2000). *Cautela y contracautela en el proceso civil*. (Tesis de Magister). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- González Pérez, J. (1985). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. España: Editorial Civitas.
- Gumerato Ramos, G. Poderes del juez: activismo (=autoritarismo) o garantismo (=libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil. *Dianelt.*, 363-372.
- Insignares Cera, S. Molinares, H. Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional Colombiana. *Revista vniversitas*, 91-118.
- Locke, J. (1994). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza editorial.
- Klett Fernández, S.A. Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental de Uruguay. Instituto Colombiano de Derecho

- Procesal. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. (pp. 301 - 318). Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- López Blanco, H.F. (2012). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Bogotá: Dupre Editores.
- López Blanco, H.F. (1997). *Derecho procesal civil Colombiano. Parte general*. Bogotá: Dupre Editores.
- Lizaso Solis, O. *Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. (Tesis de pregrado). Universidad Austral, Valdivia, Chile.
- Marín Gonzales, J.C. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. *Revista de Estudios de la Justicia*, (8), 20.
- Morales, E. (2008). Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil Venezolano. *Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas*, (4), 503-525
- Molina, F.A. (2011). *Aplicación de medidas cautelares atípicas o innominadas en procesos ambientales*. (Tesis de pregrado). Universidad Austral, Valdivia, Chile.
- Parra, J. (2013). Medidas innominadas. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. (pp. 301 - 318). Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Parra, J. Medidas Cautelares innominadas. *Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. ISSN: 2322-6560. Año 2013. Bogota D.C. Universidad Libre. p 302.
- Perello Domenech, I. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Dialnet*, (28), 69-75
- Peyrano, W. (2011). El principio de proporcionalidad y su influencia en las decisiones judiciales. Peyrano, W. Barberio, Sergio. Garcia, M. *Principios procesales*. (pp. 1 - 8). Santa fe: Rubinzal-Culzoni.
- Priori Posada, G. (2006). *La tutela cautelar: Su configuración como Derecho Fundamental*. Madrid: Ara Editores.
- Podeti, J. R. (1955). *Tratado de medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar.

- 28-Real Academia Española. (2001). Proporcionalidad. En *diccionario de la lengua española*. Recuperado de: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=proporcionalidad>
- Ramos Méndez. (1992). *Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Barcelona: J.M. Bosch editor S.A.
- Ramos Romey, F. *Las Medidas Cautelares Civiles: análisis jurídico económico*. Editorial Atelier. Barcelona 2006, p. 447 y 448.
- Rengel Romberg, A. Medidas cautelares. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (8), 88-91.
- Real Academia Española. (2001). Proporción. En *diccionario de la lengua española*. Recuperado de: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=proporcionalidad>
- Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado. *Dikaion*, (17), 157-1998.
- Veramendi, E. (2011). El nuevo presupuesto de la medida cautelar: razonabilidad. *Universidad Privada San Juan Bautista*. Recuperado el día 20 de Septiembre de 2011, de: <http://www.boletinderecho.upsjb.ed.pe/articulo.aspx>
- Velasco, M.I. (2015). *Las medidas cautelares innominadas: un estudio sobre la naturaleza de la decisión judicial, interpretativa o discrecional*. (Tesis de pregrado). Universidad Católica, Bogotá, Colombia.
- Vidal Fueyo, C. (2005). El principio de proporcionalidad como parámetro constitucional en la actividad del juez. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (2), 445.
- Vivas Barrera, T, G. Control al juicio de proporcionalidad de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Novum Jus*, (6), 29-68.
- Villaverde, I. (2008). La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. El principio de oportunidad. Carbonell, M. Alexy, R. Bernal, C. Moreso, J. Prieto, L. Clerico, L. Villaverde, I. Cartiñera, T. Sanchez, R. Lopera, G. Avila, R. *El principio de oportunidad y la interpretación constitucional*. (pp. 175 - 187). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Villamil Portilla, E. (2012). Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- XI Jornadas Iberoamericanas de Direito Processual. (1997). Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Processual.

## ANEXO A

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAPOLITICA Y SOCIALES  
ENTREVISTA ADMINISTRADA A JUECES CIVILES Y MAGISTRADO DEL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE LA CIUDAD DE SAN JOSE DE CUCUTA, NORTE DE  
SANTANDER

PROYECTO: El principio de proporcionalidad en las medidas cautelares innominadas como garantía a la tutela jurisdiccional efectiva en la Jurisdicción Ordinaria Civil Colombiana. Un estudio desde la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.

OBJETIVO. Obtener información relacionada con el uso, aplicación y necesidad de las medidas cautelares innominadas, así como del principio de proporcionalidad para su decreto.

INSTRUCCIONES: La información aquí suministrada es de carácter confidencial y solo será utilizada para el desarrollo del presente proyecto.

ENTREVISTADO:

CARGO:

MEDIO DE REGISTRO DE LA INFORMACIÓN:

1. ¿Conoce Usted, que es una medida cautelar innominada y que articulo la consagra?
2. ¿Actualmente el artículo en mención se encuentra vigente?
3. ¿Considera Usted necesaria la medida cautelar innominada?
4. ¿Qué criterio tendría en cuenta para el decreto de la medida cautelar innominada?
5. ¿Que conoce Usted del principio de proporcionalidad?
6. ¿De qué forma aplicaría Usted el principio de proporcionalidad?



7. ¿Considera diferente el principio de proporcionalidad aplicado en materia constitucional sobre conflicto de derechos fundamentales, al usado para el decreto de las medidas cautelares innominadas?
8. ¿En qué medida considera que estas medidas cautelares garantizarían el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva?
9. ¿Qué aspectos cree que se podrían mejorar con la debida aplicación de la medida cautelar innominada?

GRACIAS POR SU VALIOSA INFORMACIÓN

## ANEXO B

## FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAPOLITICA Y SOCIALES

DERECHO DE PETICIÓN A JUECES CIVILES Y A MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE LA CIUDAD DE SAN JOSE DE CUCUTA, NORTE DE SANTANDER

PROYECTO: El principio de proporcionalidad en las medidas cautelares innominadas como garantía a la tutela jurisdiccional efectiva en la Jurisdicción Ordinaria Civil Colombiana. Un estudio desde la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.

OBJETIVO. Obtener información relacionada con el uso, aplicación de las medidas cautelares innominadas.

INSTRUCCIONES: La información aquí suministrada es de carácter confidencial y solo será utilizada para el desarrollo del presente proyecto.

Señores

**JUZGADO** \_\_\_ **CIVIL** \_\_\_\_\_

De la ciudad.

**Asunto:** Derecho de petición.

GRECIA CRISTINA CUELLAR PARRA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1090.451.346 de la ciudad de Cúcuta, y con residencia en la Calle 5AN #3E-63 del barrio Ceiba 2, en ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política y con el lleno de los requisitos contemplados en el Código Contencioso Administrativo, respetuosamente me dirijo a su despacho con el fin de solicitarle:

Información sobre las medidas cautelares innominadas que se tramitan o se han tramitado en su despacho judicial desde la entrada en vigencia del Código General del Proceso en el Distrito Judicial de Cúcuta, asimismo de ser posible tener acceso al

expediente para fines académicos. Debido a que el tema de consulta en su despacho es el examinado en la tesis que me encuentro desarrollando para cumplir con los requisitos de grado como estudiante de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Agradezco a ustedes la colaboración prestada para la culminación del proyecto de grado denominado como el principio de proporcionalidad en las medidas cautelares innominadas como garantía a la tutela jurisdiccional efectiva en la Jurisdicción Ordinaria Civil Colombiana. Un estudio desde la Jurisdicción Ordinaria Civil del Distrito Judicial de Cúcuta.

Atentamente,

---

GRECIA CRISTINA CUELLAR PARRA  
C.C.1090.451.346 de Cúcuta