

## **LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS FRENTE A LOS PROCESOS DE PERTENENCIA.**

*"La peor forma de injusticia es la justicia simulada." Platón.*

Debbie Helen Plaza Chavarro<sup>1</sup>

### **Resumen.**

Las medidas cautelares innominadas generan dificultad desde su misma adopción en el Código General del Proceso, porque a primera vista no es fácil ubicarlas en la jurisprudencia o en la experiencia procesal. Sin embargo, deberían ser protagonistas de procesos declarativos donde se pretenden la garantía de derechos como el de la propiedad, es así, como el proceso de declaración de pertenencia es uno de esos procesos donde pueden hacer presencia estas medidas. La importancia de la protección y garantía de la propiedad en el país determina que sea de suma relevancia preguntarse cómo pueden ser éstas en dichos procesos, como se han comportado los jueces en este asunto y qué dice la doctrina y la jurisprudencia al respecto. Siendo así, se quiere ocupar esos interrogantes para ofrecer conclusiones orientadas a entender las medidas cautelares innominadas y la relevancia que adquieren al momento de garantizar derechos debatidos en los procesos de pertenencia. Esto a través de la consulta de diversas fuentes que sustentan lo concluido.

Palabras Clave: Medidas cautelares, proceso, derechos, pertenencia.

---

<sup>1</sup> “Abogada egresada de la Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Neiva. Actualmente estudiante de la especialización de Derecho Procesal de la Universidad Libre, Seccional Bogota”.

## 1. Introducción.

La prescripción adquisitiva de dominio se constituye como una de las formas de hacerse a la propiedad de un bien, “es una institución jurídica que, hoy por hoy, tiene una gran importancia en un orden social como el nuestro, en donde la riqueza y el poder aún se determinan, en gran medida, por la propiedad de la tierra. Por tal razón, el tema ha tenido amplia regulación legal, jurisprudencial y doctrinal” (Arboleda, 2019, pág. 5). Una explicación de dicha situación puede ser la función social de la propiedad, según (Perez, 2015) el derecho a la propiedad no puede ser perpetuo ni absoluto, es ahí donde la prescripción adquisitiva de dominio cobra sentido pues la función social de la propiedad se materializa con la imposición de obligaciones respecto de los demás ciudadanos frente al ejercicio de la propiedad, para el caso colombiano esta posición ha sido elevada al nivel de constitucional por el artículo 58 de la carta del 91, en el que se establece por ejemplo, la expropiación para fines sociales consolidando así que el derecho puede afectarse no solo en función de la necesidad individual sino colectiva teniendo como legitimado al estado para su consecución viendo a la propiedad no como una institución inmutable y estática sino como una que está al servicio de la comunidad fundamentalmente.

El origen de la prescripción adquisitiva, se encuentra en la antigua Roma, Ulpiano, importante jurista de la época antigua romana, establecía la usucapión como la forma de hacerse a la propiedad por su uso como medio de saneamiento, para lo que se necesitaba, se verificaran requisitos como que la cosa pudiera ser susceptible de aquella figura, que el uso se diera por comportamiento igual al de un dueño, que existiera título traslativo, que existiera además buena fe y que la posesión se diera por el término que se había establecido para ello (Muñoz, s.f).

Los romanos además, introdujeron a su ordenamiento la usucapión o prescripción adquisitiva a fin de poner término al estado de incertidumbre de la propiedad de los bienes, "La

Usucapión fue introducida por el bien público, a saber, para que el dominio de algunas cosas no fuese largo tiempo, y casi siempre, incierto, pues a los dueños les basta el espacio de tiempo establecido para buscar sus propias cosas" como se citó en (Alvarado, s.f).

Para los romanos la naturaleza jurídica de la usucapión estaba supeditada a la propiedad del primer dueño de la cosa, no fue considerada como una propiedad originaria, aunque también existieron juristas que afirmaban lo contrario, sin embargo, "el término Usucapión fue sin embargo, conservado para designar la prescripción mobiliaria, mientras que para la prescripción inmobiliaria, se continuó adoptando la designación longis temporis prescripto" (Alvarado, s.f).

Hasta nuestros días, la naturaleza jurídica de la prescripción adquisitiva y sus requisitos, al menos en lo más relevante; siguen conservando los preceptos con los que fue construida esta institución por los juristas romanos y tales preceptos pueden observarse en las legislaciones europeas y latinoamericanas. Para el ordenamiento colombiano la prescripción adquisitiva de dominio debe exponerse y como una importante posición, es la de reconocer como derecho fundamental el de la posesión, que aunque en principio no se aceptó de esa manera, hoy después de la sentencia T 949 de 2002, es más que claro que es la posesión un derecho "autónomo", pues luego de analizar dicho caso, un grupo de herederos quisieron desconocer el derecho a la posesión de la cónyuge del causante, la corte procedió a considerar a la posesión como un derecho afirmando que éste "abre las puertas a la propiedad, facultando a quien explota el bien que no le pertenece a reclamarlo por la vía jurídica, y con su trabajo material, hacer un aporte económico al país" (Serrano & Acevedo, 2012). Según Serrano y Acevedo, la posesión constituye una sana aspiración de las personas que es la de hacerse a la propiedad de lo que al parecer los demás pueden no estar necesitando.

Es por ello, que dentro de los objetivos del presente trabajo se busca principalmente establecer como el fallador logra desarrollar el proceso verbal declarativo de pertenencia, desplegando el concepto de dicho proceso en su caracterización y cómo desarrolla las medidas cautelares dentro

y en el transcurso de éste, y qué tan importantes son para la protección y garantía del derecho frente al pretendido en usucapión, subsidiariamente se persigue, además: i) Conceptualizar el proceso declarativo de pertenencia desde su caracterización y el desarrollo frente al trámite, ii) Definición de las medidas cautelares dentro del proceso declarativo de pertenencia como objeto de estudio, y iii) Establecer el criterio del fallador frente a las medidas cautelares innominadas, para concluir con las posiciones del juez frente a la imposición de estas medidas en el proceso de pertenencia, con lo que finalmente podrán ofrecerse conclusiones frente a la pregunta de ¿Cuál es la pretensión principal del juez en el caso colombiano al momento de dictar medidas cautelares innominadas en el proceso de pertenencia? Conclusiones elaboradas a partir de la investigación de tipo cuantitativo mediante fuentes como las bases de datos científicas, la legislación colombiana, la doctrina, la jurisprudencia, las tesis de grado de otras personas sobre el tema tratado, y en general los artículos de tipo investigativo relacionados con lo expuesto en el trabajo.

## **2. El proceso de pertenencia.**

Como se ha anotado antes, el proceso de pertenencia ha consolidado el acceso a la propiedad para los colombianos, con esto se garantizan además otros derechos y se provee de condiciones necesarias a la ciudadanía para que puedan desarrollar actividades productivas por ejemplo mediante el acceso al crédito. El proceso de pertenencia es entonces un camino idóneo para alcanzar la propiedad, sin embargo, no es posible entrar a observar el proceso desde sus características sin antes hacer un alto para exponer lo que el ordenamiento jurídico colombiano tiene por propiedad, a continuación, se hace un breve recorrido por lo que significa la propiedad en Colombia.

### **2.1. Características de la propiedad en Colombia.**

Para empezar, la propiedad es un derecho que se encuentra consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia, y éste expresa que en el estado colombiano se “garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Según Hernández (2004) anteriormente este derecho era considerado como “imprescriptible, inviolable, sagrado y natural” y el artículo 669 del Código Civil consideraba que el ejercicio de este derecho se podía dar arbitrariamente hasta la declaración de inexequibilidad de la Corte Constitucional de aquella expresión, con lo que se abrió paso a la consolidación de la propiedad no solo como derecho sino también como deber pues ésta no puede ejercerse en contra del interés social ni contra la ley; así entonces la propiedad en Colombia aunque es exclusiva no es absoluta, pues en determinado momento puede encontrarse al servicio de la sociedad según lo que el estado disponga mediante mecanismos como la expropiación.

Pero la propiedad sigue siendo perpetua es decir que persiste al igual que la existencia de la cosa excepto con casos como el de la propiedad intelectual en el que esta pasa a ser universal luego de haber pasado 80 años desde la muerte del autor. A modo de reflexión, el desarrollo económico puede extenderse al menos durante tres etapas en las formas de propiedad la primera en relación a la tierra, la segunda la propiedad de la empresa, y la tercera la propiedad intelectual, en Colombia aun predominan los conflictos por la tierra por cuenta de una concentración de propiedad de ésta, en pocas manos, respecto de altos niveles de desposesión y pobreza (Charry, s.f).

### **2.2. Características del proceso de pertenencia.**

Como se expuso en la introducción, a partir de 1928, se instituyó al proceso de pertenencia en Colombia y con la reforma introducida en la Ley 791 de 2002 éste pasó a que pudiera ejercerse como acción y como excepción. En el Código de Procedimiento Civil se le dio el trámite de proceso ordinario de mayor cuantía, aunque éste no se tuviera en cuenta para

establecer la competencia, además establece una fundamental característica del proceso que radica en la obligación de quien la pretende alegarla, pues no puede ser declarada la pertenencia de oficio. En lo recogido por Baracaldo (Baracaldo, 2020) puede observarse que el proceso declarativo de pertenencia es únicamente competencia de la función jurisdiccional por lo que es únicamente función de los jueces declararla, no puede predicarse de los bienes de uso público pues estos son imprescriptibles, tesis que cobija también a los bienes baldíos por lo que es necesario que al proceso se arrimen pruebas con las cuales pueda constatarse fielmente la naturaleza jurídica del bien y así se desprende el accionar del operador judicial. Se dijo además que dentro de la imperiosa necesidad de agregar al proceso los documentos requeridos, la naturaleza del bien inmueble debe verificarse mediante la inspección judicial que realizará el juez con el fin de observar con sus ojos lo que se encuentra contenido en el certificado de libertad y tradición.

La actualidad ofrece el proceso de pertenencia contenido en el Código General del Proceso que lo contiene en su artículo 375 dentro de los procesos verbales. Según el doctor Hernando Fabio López Blanco, su competencia ya no es de carácter objetivo, antes hemos dicho que no importaba la cuantía pues la competencia era siempre la misma sin embargo en el Código General del Proceso la cuantía sí importa y ésta se le ha entregado a los jueces civiles tanto circuito como municipales, siendo conocedores de los de mayor cuantía los del circuito y los de menor cuantía los municipales y para los de mínima cuantía el trámite será del proceso verbal sumario sin que se distinga entre muebles e inmuebles. Lo anterior respecto del factor cuantía y frente al factor territorial, el conocimiento del proceso es entregado al juez del lugar donde se hallen los bienes dejando a elección del demandante si el bien se encuentra en dos territorios al mismo tiempo.

El doctor López (2018), ha comentado acerca de los demás aspectos centrales del proceso que: respecto de quienes están legitimados para llevarlo a cabo que en primer lugar el poseedor que se encuentre en la situación que da lugar a la prescripción ordinaria o

extraordinaria ya explicadas anteriormente, en segundo lugar el acreedor puesto que para algunos casos en los que el patrimonio de un poseedor se vea aumentado por cuenta de una declaración de prescripción puede este ser objeto de embargo por lo que los acreedores a pesar de la dejación de la acción por los poseedores pueden iniciar el proceso de declaración de pertenencia no para que esta les sea declarada sino para poder perseguir el bien que ha entrado al patrimonio del deudor sin embargo aunque este no haya querido alegar la pertenencia debe citársele al proceso que inicie el acreedor pues no puede llevarse a cabo sin él, lo que configura un “litisconsorcio necesario”, por lo que puede verse afectado el proceso por el fenómeno de la nulidad en caso de no hacer dicha citación. De la misma forma, se encuentra legitimado para llevar a cabo el proceso el comunero excluyente, de quien se creía le estaba prohibida la demanda por prescripción del predio en común, con lo que se estableció que era equivocada la interpretación de la solidaridad entre comuneros, por lo que se considera posible entonces que uno de ellos alegue la prescripción contra los demás por la totalidad del bien poseído mediante actos de señor y dueño, y además de explotación teniendo en cuenta que el derecho que le asiste a todos los comuneros es de igual calidad, sin embargo, la propiedad pretendida puede ser también sobre una porción del bien.

La regulación de la demanda de declaración de pertenencia, además de contener los requisitos que se expresan en el artículo 82 del C.G.P., estima que se anexe certificado especial del registrador de instrumentos públicos, certificado que puede exigirse solo de bienes sometidos a registro, entiéndase muebles e inmuebles. Agrega además el doctor López que es necesario “alertar” al acreedor hipotecario no para que haga efectivos los gravámenes sino para que oriente su actuar a protegerlos, ya que no es la declaración de pertenencia donde puede pretender hacerlos efectivos, y al mismo tiempo el demandante puede pretender la cancelación de los gravámenes que existan sobre el bien pues persigue que se le entregue la propiedad libre del mismo.

Respecto del emplazamiento y notificación de la demanda, se estipula que si en el certificado emitido por el registrador se encuentra una personas que ostente algún derecho real sobre el bien, debe citarse aunque contra ella no se dirija la demanda, el artículo 375 del C.G.P. ordena además que se deben emplazar a la personas indeterminadas que se crean con derechos valederos dentro del proceso, al emplazamiento debe acompañarle la instalación de una valla con la que se pretender mostrar el nombre del demandante, el nombre del demandado, el número de radicación del proceso, la indicación de que se trata de un proceso de pertenencia, el emplazamiento de personas que crean que tienen derechos para hacer valer en el proceso y la identificación del predio además de la forma en como debe ser esta valla respecto de dimensiones, ubicación y anexos; requisitos que para el doctor López Blando son “exagerados” “producto más que de la lógica, de febriles éxtasis procesalistas”. Puede colegirse entonces que debe haber dos emplazamientos en primer lugar el del demandado cuando se desconozca su ubicación y el segundo para personas indeterminadas, y el curador que se nombre, prohiará los intereses de ambos pues no existe “incompatibilidad” entre estos.

En lo atinente a la decisión producida dentro de un proceso de pertenencia el artículo 2534 del Código Civil indica que “la sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción”. En síntesis, el proceso mediante el cual un poseedor puede hacerse con la propiedad de un bien inmueble debe tener como presupuestos procesales los requisitos exigidos por la prescripción ya sea ordinaria y extraordinaria y además la calidad del título según cada una siguiendo una serie de requisitos que hacen al proceso de pertenencia un tanto diferente a los demás procesos verbales pues incluye aspectos bajo los cuales se pretende desterrar toda duda de la viabilidad para la prescripción adquisitiva del bien y la comunicación a personas determinadas e indeterminadas de dicho proceso, que además, es competencia exclusiva de la jurisdicción, pues es la única institución mediante la cual puede otorgarse seguridad jurídica a la propiedad con base en lo



preceptuado por la Constitución del 91. Además, se estableció que la declaración de prescripción cesa con los gravámenes impuestos al bien, pero los acreedores hipotecarios pueden iniciar el proceso con lo que se les garantiza puedan perseguir el bien que ahora será del patrimonio del deudor.

### **3. *Las medidas cautelares.***

#### **3.1. *Origen, concepto y naturaleza.***

El derecho romano suponía crueles métodos para cobrar las deudas, los deudores luego de ser condenados a pagar luego de no tener recursos a su disposición para hacerlo, podían quedar a merced del acreedor quien podría venderlos como esclavos, matarlos o torturarlos, sin embargo “Todos estos actos de hostilidad y crueldad hacia el deudor cesaron con la Lex poetelia papiria” para luego pasar a obtener la suma adeudada no con la humanidad del deudor sino con sus bienes, método del cual se derivaron instituciones como las medidas cautelares (Soliz, 2022). Este cambio de paradigma en la ejecución de las deudas dio entonces origen a la medida cautelar con el fin (en principio) de garantizar el pago de esas deudas y que las sentencias emitidas tuvieran materialización en el patrimonio del acreedor.

Podemos decir a primera vista, que las medidas cautelares son las decisiones que pueden tomar los jueces sobre bienes o personas para que se protejan los derechos que persigue el proceso declarativo sea cual sea. Según la sentencia 054 de 1997 de la Corte Constitucional:

En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas 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 (Alcaldía de Bogotá, s.f).

Lo anterior principalmente porque aun cuando existan pruebas y hechos de los cuales pueda colegirse la situación favorable del demandado, con eso no puede omitirse que el proceso desde su inicio es incierto, no porque exista todo a favor del demandante, pues puede decirse que éste va ganar o que el demandado no hará nada para apartarse de la responsabilidad que se le quiere imponer con lo que se suman además las demoras normales de un proceso y las que provocan la situación judicial colombiana. Las medidas cautelares entonces, se orientan a que el demandado no pueda llevar a cabo maniobras mediante las cuales la sentencia pueda no satisfacer los intereses de quien demanda, por lo que busca asegurar bienes o personas con los cuales puede materializarse esa satisfacción del derecho que otorgue una sentencia para el caso civil. De esta manera pueden encontrarse a las medidas cautelares definidas en diversos ordenamientos con los que al comparar no se puede decir que son más que sinónimos, por lo que la anterior es una definición más que suficiente si se quiere conocer lo que esta pretende a primera vista (Ortells, 2000).

Calamandrei por su parte las definió como instrumentos, es decir, no constituyen un fin en sí mismas pero contribuyen en la emisión de una definitiva solución a un litigio, con lo que se asegura la eficacia del derecho con la característica fundamental de ser un accesorio del proceso principal por lo que en vista de este haberse terminado, y luego de otorgar al demandante la resolución de sus pretensiones, éstas deben también extinguirse como se citó en (Ortells, 2000).

Según Cadena (2021), en sentido amplio, la medida cautelar es entonces toda la “acción” de parte del juez mediante la cual se quiera proteger el fin del proceso y con la que se previene la emisión de una sentencia “ilusoria” por cuenta de haberse perdido materialmente el derecho mientras se lleva a cabo el proceso y su naturaleza jurídica, para el caso colombiano, puede ser encontrada en la constitución pues dentro de los fines del estado está el proteger y garantizar los derechos de la ciudadanía, por lo que las medidas cautelares hacen su aporte en el cumplimiento

de tal fin pues hacen que los fallos no sean “para colgar en la pared” sino que mediante ellos se hagan efectivos los derechos más allá de su declaración.

### **3.1.1. Características de las medidas cautelares.**

En palabras de Cadena (2021) “son comunes a las medidas precautorias, las características de instrumentalidad, provisionalidad, urgencia o perentoriedad, jurisdiccionalidad”, en primera medida puede deducirse que la instrumentalidad hace referencia en que le sirve al proceso y no al contrario es decir no son un proceso en sí mismas, que son provisionales, porque se dan con base en circunstancias que les hagan necesarias y perentorias ya que no pueden subsistir más allá del proceso y para efectos del mismo.

En primer lugar la instrumentalidad debe entenderse como una especie de subordinación puesto que, las medidas cautelares no tienen una finalidad intrínseca sino que ésta es otorgada por las pretensiones del proceso, pretensiones a las que debe obedecer así como debe obedecer a los hechos y mantenerse mientras éstos hechos subsistan al mismo tiempo que se sujetan al tiempo que dure el proceso, tiempo en el que son susceptibles de levantamiento, modificación o de terminación cuando el demandado ofrece una garantía de iguales efectos para librarse de dichas medidas. Esta característica se encuentra desarrollada más específicamente en el artículo 230 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que señala sobre su alcance: “podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda”.

La provisionalidad por su parte, no supone mayor dificultad para su interpretación, ésta característica radica básicamente en la no permanencia de las medidas cautelares, es decir que no puede ir más allá de los hechos que las originan o del fin del proceso, en síntesis, el tiempo en el que se presentan puede ser indeterminado, pero no ilimitado. Al igual que las otras dos

características esta hace parte de su esencia con lo que puede colegirse que bajo ningún motivo una medida cautelar puede ser permanente.

La perentoriedad y la jurisdiccionalidad, también esenciales características de las medidas cautelares hacen referencias más exactamente a que estas son medidas que se toman rápidamente para que pueda hacerse exigible la decisión del juzgador para el caso de la perentoriedad, la jurisdiccionalidad por su parte apunta a que estas medidas son únicamente emanadas de la jurisdicción por los poderes conferidos al juez o al árbitro, en temas de arbitraje característica que está reservada únicamente a los antes mencionados, sin que pueda alguien diferente ordenar estas medidas.

Con esto, se definen las características esenciales que hacen a las medidas cautelares una especie de apéndice del proceso en el que se procura la garantía de las resultas del mismo y que no se ha instituido para castigar al demandado sino para mitigar las vicisitudes propias del proceso, la demora de la justicia que no puede ser el proceso en sí mismo perfecto, no está llamado a reunir criterios de perfección sino que acepta que es un último recurso y que no puede causar más daños de los que ya puedan deprecarse en él por parte del demandado.

### **3.2. Medidas cautelares en el Código General del Proceso y Medidas Cautelares Innominadas.**

Los procesos ejecutivos y de liquidación tienen taxativamente señaladas las medidas cautelares de las que dispone el juez para garantizar lo que resulte del proceso, por eso aparecen preceptuadas medidas como la inscripción de la demanda, el embargo y secuestro de bienes, los alimentos provisionales, la residencia separada de los cónyuges entre otras. Según la determinación que el Código General del Proceso le ha dado a estas medidas, en procesos como los de familia, aparte de la práctica de éstas, el demandante puede aspirar a obtener la práctica de cualquier otra medida cautelar que garantice sus pretensiones, afirmación que nos dirige a las medidas cautelares innominadas o atípicas (Rojas, 2017).

Las medidas cautelares innominadas entonces apuntan a la discrecionalidad del juez, no obstante, deben responder a ciertos criterios pues como se ha dicho reiteradamente, las medidas cautelares no son un castigo y aunque están llamadas a limitar derechos deben obedecer a criterios que son contenidos en el “test de proporcionalidad”, este contiene los siguientes criterios:

ASPECTO	SIGNIFICADO
RAZONABILIDAD	BÚSQUEDA DE UN OBJETIVO LEGÍTIMO
ADECUACIÓN	APTITUD PARA CONQUISTAR EL FIN PROPUESTO
NECESIDAD	INEXISTENCIA DE OTRA MEDIDA MENOS OFENSIVA
PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO	BENEFICIO SUPERIOR AL DAÑO QUE PRODUCE LA MEDIDA

Nota. Tomado de “Lecciones de Derecho Procesal” (2017).

El test de proporcionalidad es entonces la reunión de condiciones que hacen procedente a una medida cautelar innominada, pues las somete a consideraciones sobre si protege efectivamente el derecho pretendido, si previene daños sobre el mismo o contribuye a cesarlos, y si es además adecuada pues debe guardar congruencia con lo que se pretende proteger en el proceso, si además es la medida menos arbitraria y con menos efectos adversos sobre quien recae, así como al relación entre la limitación ejercida y el beneficio obtenido.

Las condiciones mediante las cuales se hace válida la medida cautelar innominada, deben concurrir al mismo tiempo para su legitimación, no obstante, están sujetas a

modificación, levantamiento y la obligatoriedad de prestar una caución por parte del demandante a fin de resarcir los daños que pueda ocasionar, caución que puede ser prestada por el afectado con lo que puede liberarse de la medida y garantizar el cumplimiento de las pretensiones con una póliza aportada al proceso.

De esta manera se puede decir que las medidas cautelares innominadas responden también a criterios de razonabilidad como los que se predicen de las medidas en general y que éstos están contenidos en los criterios analizados en el acápite anterior, éste examen que debe realizar el juez se convierte en una facultad entregada por el legislador que pensando en la protección de derechos, permite la colocación de medidas aparte de las que están contenidas en la legislación, y que no están desprovistas de dicho examen sino que es el mismo legislador quien se ha reservado dicho requisito para poder expresarlas, sin que sea necesario llevarlo a cabo pero sobre las medidas típicas del código procederá dicho examen si son solicitadas para procesos que no tienen expresamente diseñada la procedencia de estas.

El Doctor Parra Quijano en su escrito “Medidas Cautelares Innominadas” (2013) establece acerca de la oportunidad para solicitar medidas cautelares innominadas y sus tipos:

Pueden las medidas cautelares innominadas ser pedidas desde la presentación de la demanda y acentúa en que es posible que el demandado las pida aun después de haber presentado la demanda y haberse trabado la relación procesal, así como es posible que el juez pueda posponer su decreto hasta después de haberse trabajado dicha relación procesal. Frente a los tipos de medidas cautelares dice que pueden presentarse las inhibitorias mediante las cuales se querrá evitar un daño que pueda ocurrir, es decir se dan ante una amenaza que a su vez debe estar adecuadamente probada pues deben probarse los hechos que dan origen a la amenaza.

Posteriormente puede darse la prohibición de innovar en la que puede ordenarse por ejemplo en un proceso divisorio, no hacer transformaciones al inmueble y las medidas cautelares anticipadas en la que el demandante debe solicitar medida que cobije derechos que

podrían posiblemente ser declarados mediante la sentencia y que sea posible la producción del daño alegado de no decretarse la medida.

Se puede establecer a partir de las disertaciones antes citadas, que las medidas cautelares innominadas son una representación fuerte de la discrecionalidad con la que el legislador ha revestido al juez en dicho asunto, las medidas cautelares innominadas casi que se escapan a la esfera legal para ser arrojadas a la imaginación, el criterio, la determinación y hasta se podría decir el entramado ideológico procesal del juez. Con todas estas precisiones es posible ir preguntándose acerca de cuáles pueden ser las medidas cautelares innominadas que pueda considerar un juez en procesos de pertenencia y las motivaciones que pueden impulsar a que estas se decreten teniendo en cuenta las particularidades del proceso.

### **3.2. Medidas cautelares innominadas en la jurisprudencia.**

Es acertado decir que jurisprudencialmente no existe un trabajo muy estructurado por parte de las Altas Cortes y el Consejo de Estado acerca de las medidas cautelares innominadas, sin embargo, es en el trabajo de Cadena, (2021) “Delimitación de los criterios normativos y jurisprudenciales para la aplicación eficaz de las medidas cautelares innominadas en el proceso administrativo desde la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica”, en donde se pueden encontrar condensados los criterios que la jurisprudencia en general han establecido para la adopción de éstas medidas de la siguiente forma mediante el señalamiento de algunos criterios:

CRITERIO	COMO OPERA
No pueden constituir prejuzamiento	No puede afectar la imparcialidad del juez ni el equilibrio de las partes pues se imponen antes que el demandado pueda ser vencido en juicio por lo que no pueden afectar derechos como el debido proceso ni el de defensa.

Deben ser producto de un ejercicio de ponderación.	El solicitante debe aportar pruebas y argumentos para su adopción con lo que el juez pueda evaluar a la relación entre la afectación al demandado y la protección del derecho del demandante.
Necesidad, Idoneidad y razonabilidad	Como se ha dicho antes, la medida debe ser necesaria es decir que satisfaga la protección de derechos que aún no se deciden, pero puedan posiblemente otorgarse al demandado, además que con ella se logre dicha protección y que sea conveniente en cuanto a los beneficios por los derechos afectados al demandado.
Que se trate de “otra medida”	No puede estar la medida innominada en el ordenamiento preceptuada.
“Fumus boni iuris”	Se “debe demostrar el posible perjuicio o probar los criterios de necesidad, idoneidad y razonabilidad”
Perjuicio de la mora	Cuando la demora afectará inevitablemente el derecho que se quiere proteger.
Solo en procesos declarativos	Solo será posible adoptarlas en procesos declarativos.
Debe ser rogada	Solo puede adoptarse si ha sido pedida por el demandante.

**Tabla 1. Elaborada a partir de (Cadena, 2021).**

**[https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6600/T\\_MDPC\\_497.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6600/T_MDPC_497.pdf?sequence=1&isAllowed=y)**



Aunque no es grande la producción jurisprudencial en materia de medidas cautelares innominadas, se resalta que ésta aporta nuevos criterios a la actividad del juez en su adopción, aparte de los que la doctrina ha señalado tradicionalmente. Sin embargo, los nuevos criterios parecen ser una reiteración de la importancia que tiene la protección a principios como el debido proceso, a derechos como el de la defensa con tal de procurar la menor afectación al demandado. Así también, concluyen Villota y Escobar al decir que “Las exigencias para decretar MCI, no se circunscriben a los previstos expresamente en el artículo 590 del CGP, existen otros requisitos que por vía de interpretación de normas legales y jurisprudenciales también deben ser observados por los intervinientes del proceso civil” (2017). No obstante, a continuación, se revisan dos sentencias proferidas una por el Tribunal Superior de Armenia Quindío y otra por el Tribunal Superior de Bucaramanga Santander, a modo de ofrecer una observación de lo que considera el juez al momento de analizar la procedencia de estas medidas, ya no desde los criterios generales sino desde la aplicación en un caso concreto.

- **Sentencia del proceso con radicado 68001-31-03-02-2019-00196-01 del Tribunal Superior de Bucaramanga Sala Civil Familia.**

En dicha sentencia, la parte actora invoca la acción de simulación y mediante esta se otorga la medida cautelar de inscripción de la demanda, pero se solicita además la de embargo y secuestro de algunos bienes, aportando el análisis de procedibilidad fundado en requisitos que ya conocemos, no obstante la sala que decide sobre el recurso con el que se combatió la negación de dicha medida confirma la decisión aludiendo que esa medida no está determinada para dicho proceso y que por lo tanto no se puede convertir entonces la medida de embargo y secuestro en una medida cautelar innominada, pues no es que esté considerada de esa forma por el legislador, sino que es conceptualmente una medida específica lo que la hizo improcedente para el presente caso.

- **Sentencia del proceso con radicado 68001-31-03-02-2019-00196-01 del Tribunal Superior de Armenia Sala Civil Familia Laboral.**

Este asunto hace referencia a una demanda dentro de un proceso de rendición de cuentas provocada, donde se basa en que los demandados estaban siendo procesados por la fiscalía por fraude procesal y estafa, que debía decretarse la medida cautelar de embargo y secuestro de ciertos bienes, solicitud que se negó y que al ser resuelta en apelación es atendida por la sala diciendo que no puede interpretarse que en procesos donde están previstas medidas cautelares nominadas puedan solicitarse para que se examinen como si fueran innominadas, pues si el legislador ha previsto que éstas medidas se presten para este tipo de procesos, no pueden extenderse, pues “ello implicaría desatender el carácter restringido y limitado de las medidas cautelares previstas en la normativa vigente, pues los alcances del embargo y secuestro se extenderían a otros debates contenciosos no previstos por el legislador”.

Una breve conclusión de lo anterior, es que estamos ante una contradicción entre la doctrina y la jurisprudencia, puesto que se ha señalado en esta, que para los procesos en donde no está prevista una medida cautelar nominada podrá decretarse una innominada siempre que se establezcan sus criterios de procedibilidad pues de lo que se trata es de proteger derechos que puedan verse afectados por las tradicionales vicisitudes del proceso. Por lo anterior, resultaría muy superficial denegar una medida nominada no prevista para algún tipo de proceso declarativo por el simple hecho de tener ese nombre sin poner de presente el objeto que persiguen las medidas cautelares en general, objeto que perfectamente puede validar el que se le de tratamiento de innominada a una medida cautelar nominada necesaria en un proceso para el que no ha sido prevista.

### **3.3. El juez y las medidas cautelares innominadas.**

Frente a las discusiones respecto de las medidas cautelares nominadas e innominadas, es necesario conocer la orientación de los falladores en procesos de declaración de pertenencia. En

consecuencia, puede encontrarse que se ha podido afirmar: “Que hay timidez en los jueces y en los árbitros para plantar el manejo de las medidas innominadas y anticipadas en las diferentes jurisdicciones, no es una discrecionalidad judicial ni abuso del poder en la decisión, en la eventualidad que se tenga conocimiento de los hechos, por lo que se podría llegar pensar en una idea preconcebida antes de dictar la sentencia” (Contreras, 2015).

En igual sentido se encuentra que “los jueces de la república poco se detienen o se basan en ellas (las medidas cautelares innominadas), para decretar cautelas que protejan derechos o que prevean violaciones o vulneraciones de los derechos reales de los intervinientes en el proceso verbal o declarativo” (Cuenca, 2022).

En palabras de Bolívar (2018) apunta que:

El juez como director del proceso representa al estado y debe encargarse de ofrecer una solución, pero no una solución que pueda predicarse para el proceso sino para la realidad material de las partes y que además no afecte sus derechos fundamentales aun cuando se es vencido en el proceso.

También fue posible encontrar que “Si bien el juez ostenta relativo margen de disponibilidad con respecto a la decisión sobre la medida, se ve restringido por la necesidad que, al demostrarse, obliga al juez a fallar de acuerdo con el requerimiento de la MCI pedida, así no necesariamente el juez se muestre de acuerdo” (Parra, s.f., pp. 310, 311-317) como se citó en (Villota & Escobar, 2017).

Lo anterior demuestra que no es absoluta la discrecionalidad que tiene el juez para decidir sobre las medidas cautelares innominadas, pues no le es posible denegarlas bajo su propio criterio, ya que no están gobernadas las medidas únicamente por éste, sino que deberá acomodarse a su decreto, aunque no esté de acuerdo luego que se verifiquen los requisitos para su procedencia, se podría decir, se produciría cuando se ordena el decreto de la misma luego de subir la petición a su superior al invocar un recurso contra la decisión que la niegue.

Para el profesor Ramiro Bejarano (2014), al respecto de que en un proceso puedan coexistir medidas cautelares nominadas e innominadas (y nombra al de pertenencia) indica la total ausencia de prohibición para la coexistencia de las medidas y afirma que “una hermenéutica contraria a esta solución de la coexistencia de las medidas cautelares no honraría el espíritu de la nueva normativa, ni el efecto útil de su consagración” con esto se diría entonces que una característica de las medidas cautelares innominadas en proceso de pertenencia, es que pueden llegar a coexistir con las medidas cautelares nominadas, posición que comparto pues como dije antes es importante llevar a cabo el objeto central de las mismas que ha sido siempre la protección de derechos dentro de límites que no afecten excesivamente al demandado.

Luego entonces, pueden observarse las primeras formas en las que se comporta el juez en el momento de decretar medidas cautelares innominadas, y no son muy concluyentes dichas formas puesto que por un lado no son practicadas con toda confianza, poco se usan, y además estas medidas no se encuentran totalmente gobernadas por el criterio del fallador, sino que deberían proceder aun con su desacuerdo si logran constatarse sus requisitos generales y específicos desarrollados por la jurisprudencia.

#### **4. Las medidas cautelares innominadas en el proceso de pertenencia y el comportamiento del juez ante posibilidad de aplicarlas.**

Desde ya debe decirse que la producción académica acerca de las medidas cautelares innominadas es escasa desde la investigación jurídica, y aquello no es una casualidad, teniendo en cuenta lo reseñado en acápites anteriores en los que las medidas cautelares innominadas aparecen como un asunto poco explorado y solicitado, no llama la atención entre litigantes, afirmaban Garzón y García (2013) en un estudio que analizó el uso de cautelas innominadas en procesos adelantados por jueces civiles y administrativos de Medellín que, “poca acogida ha tenido dentro de los abogados litigantes en Medellín las medidas cautelares atípicas” y que no

existe apropiación por parte de la comunidad jurídica en Medellín entorno a las medidas cautelares innominadas” por tanto ante la precariedad de las posiciones al respecto, es necesario citar el ejemplo desarrollado por Villota y Escobar (2017), ejemplo de importancia para el presente asunto, pues aterriza la noción del funcionamiento de las medidas cautelares innominadas en procesos de pertenencia no precisamente para un bien sujeto a registro sino para un vehículo en el que el demandante pide autorización para que mediante el decreto de una medida cautelar pueda llevar a cabo reparaciones en el vehículo y “ponerlo en marcha al menos una vez a la semana para evitar percances con la batería, el motor u otro tipo de partes del móvil” y se describen los aspectos de dicha medida de las siguiente manera:

1. Pretensión a satisfacer: versan en la declaratoria de pertenencia del vehículo en cabeza del demandante.

2. Acciones que deben asegurar el cumplimiento de la pretensión: reparaciones necesarias y medidas preventivas para evitar que el bien pierda valor económico.

3. Saber si garantiza satisfacer las pretensiones del demandante: la medida sirve para garantizar la efectividad de las pretensiones del demandante debido a que mantendrían en buenas condiciones el estado del bien, con lo que se protege el valor comercial del bien y además el propósito del proceso de conservar las facultades y derechos que representa la posesión de dicho bien.

Fue posible también encontrar conclusiones más personales al respecto mediante las cuales se obtienen percepciones académicas frente al comportamiento de las medidas cautelares en procesos de declaración de pertenencia. Para Angarita y Otros (2016), “ante el decreto de medidas cautelares en un proceso declarativo que tiendan a anticipar materialmente el fallo, el ordenamiento colombiano debería perfeccionar dicha situación en aras de la igualdad procesal, es decir que se permita la contradicción, el favorecimiento de la igualdad de armas ante las

consecuencias que tendrían dichas medidas en el demandado” la anterior conclusión, luego de analizar casos en donde se han materializado medidas cautelares innominadas como el desalojo de personas de un territorio que les ha pertenecido ancestralmente como comunidad indígena avizorando la posibilidad de competir con una “contra cautela”, si por ejemplo dichos territorios son disputados por empresas de extracción minera que pretendan expulsarlos de su lugar de vivienda.

Villota y Escobar reiteran en sus conclusiones que: sin embargo, con la importancia que tienen las medidas cautelares innominadas para la protección de los derechos del demandante este puede encontrarse con situaciones que no le favorezcan en vista de la falta de jurisprudencia, desarrollo académico y doctrinal lo que ha provocado casi que la inaplicación de la norma en los procesos de pertenencia. (2017).

El trabajo “Eficacia de la medida cautelar innominada en los procesos adelantados ante los juzgados civiles del circuito de Bogotá, una perspectiva desde el análisis económico del derecho” se ocupó de exponer el impacto, utilización y eficacia de estas medidas a través de un enfoque no solamente cualitativo sino cuantitativo, y además, mediante la investigación de campo examinando 51 juzgados del circuito judicial de Bogotá acerca de las percepciones de los jueces sobre la aplicación de medidas cautelares obteniendo conclusiones como que dichas medidas en primer lugar han sido de escaso uso, los jueces además en su mayoría han determinado que es la parte la que debe señalar expresa y específicamente cada aspecto de la medida cautelar innominada de la que aspira se decrete, para algunos además este tipo de medidas debería eliminarse del ordenamiento pues generaría prejuzgamiento.

Dicho trabajo arroja entonces conclusiones tendientes a demostrar que no es que exista falta de eficacia debido a razones jurídicas en la configuración de las medidas cautelares innominadas, sino que, son razones más bien “prácticas” las que han causado dicha ineficacia. A lo que se agregó que la falta de capacitación estaría entorpeciendo el uso de la figura de las

medidas cautelares innominadas obstruyendo el acceso de la protección de derechos en procesos declarativos que se pretende con su utilización.

Se estableció además, “que los jueces más propensos a la denegación de medidas cautelares innominadas no encuentran una falencia en la formulación normativa que las sostiene, sino en la posibilidad de ser sujetos de acción disciplinaria por su actuación discrecional” lo que es una reiteración de la falta de conocimiento y de respaldo otorgado por el ordenamiento, lo que ha creado la idea de hacerse más susceptibles de la acción disciplinaria al pensar que el desenlace de la adopción de estas medidas es únicamente la afectación a derechos del demandado. De lo anterior daban cuenta las sentencias estudiadas en acápites pasados, los jueces interpretan con una excesiva restricción la solicitud de estas medidas por parte de la parte actora en el proceso.

Por otra parte, en el trabajo “Medidas Cautelares Innominadas Decretadas por los Jueces Civiles Municipales y del Circuito de Bucaramanga” (Lindarte y otros, 2018) se muestra que para el caso de Bucaramanga los jueces afirman tener como poco frecuente o nula la frecuencia de la solicitud de medidas cautelares innominadas, opinan además los jueces, que no hay suficiente “ilustración” para los litigantes acerca de las medidas cautelares innominadas, lo que las hace poco frecuentes, y en su escasa frecuencia ineficaces, no en sí mismas sino por la falta de nutrición argumental que debe acompañar a la solicitud. El autor por su parte pone de presente que el desarrollo de las medidas cautelares en tratándose de teoría doctrinal y jurisprudencia, “es muy pobre y su desarrollo podría considerarse casi nulo”.

Cabe resaltar, que siendo el antes citado de los trabajos más específicos acerca de las medidas cautelares innominadas en la jurisdicción civil, extrae medidas aplicadas únicamente en procesos como el reivindicatorio, y el de servidumbres, observando nuevamente una muy pobre y casi nula presencia disertación acerca de estas medidas en procesos de pertenencia.

Cabrera (2014) sugiere que “Los referentes próximos que da la Superintendencia de Sociedades en las decisiones donde se mencionan las medidas cautelares innominadas, pueden

servir inicialmente como herramientas de consulta, para que los funcionarios que deban estudiarlas y decretarlas tengan una idea de la actuación a surtir”.

Recogiendo lo expuesto, es posible decir que el proceso de pertenencia aun cuando puede ser poblado por las medidas cautelares innominadas, se encuentra con que en general este tipo de medidas no han recibido nutrición jurisprudencial suficiente que pueda hacerlas posibles y por el contrario se espera de ellas la “inaplicación” o la falta de estructura formal al momento de ser aplicadas por los jueces al mismo tiempo que para los litigantes, quienes igual pueden llegar a desconocerlas, no es posible esperar su uso adecuado, frecuente y estructurado en procesos de pertenencia.

A lo anterior se suma la absoluta falta de producción jurisprudencial y académica provocada por la confusión que supone la creencia en donde éstas pueden ser ineficaces, además como la falta de ese desarrollo académico que pudiere orientar a funcionarios, jueces y litigantes para acoger esta clase de medidas mediante las cuales puede hacerse mucho más provechosa la protección de derechos durante el desarrollo de procesos como los de pertenencia y procesos en general.

## **5. Discusión.**

En consecuencia que, en el Código General del Proceso diga que aparte de la medida cautelar nominada existe “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”, supone que en ese mismo momento una pregunta, que es la más básica motivación del presente, es si el legislador no dijo nada más al respecto de las medidas cautelares innominadas entonces ¿Qué son? ¿Por qué no son frecuentes en los procesos declarativos? ¿Cómo sería su comportamiento en un proceso de pertenencia?



Lo anterior trató de resolverse llevando a cabo una extracción de postulados con los que se han definido las medidas cautelares innominadas en la doctrina y en la jurisprudencia que, se reitera, es escasa y las percepciones recogidas en trabajos citados donde se indagó por el criterio de los jueces en cuanto a su aplicación reafirma esa escasez de producción académica y práctica jurídica de las medidas cautelares innominadas. He ahí la importancia de la discusión presente.

Se logró establecer que estas medidas pueden ser cualquiera que no sea nominada y que sirva de forma adecuada, suficiente y razonable a la protección o garantía del derecho pretendido para hacerle frente a las afectaciones que significa el proceso en sí mismo para el derecho, la demora, la amenaza que pueda existir de parte del demandado para no conservar su patrimonio, todo con el fin que la sentencia no sea “ilusoria”. Sin embargo, ahí no acaba el problema, no son tales respuestas suficientes para satisfacer, éste es incluso más complicado.

Es complicado el asunto de ofrecer conclusiones para la naturaleza y comportamiento, pues en palabras del doctor Jordi Nieva Fenoll contenidas en su conferencia Del XII Congreso Internacional de Derecho Procesal (Colmenares, 2016) señalando que la teoría dominante acerca de estas medidas proviene de Calamandrei y según él no es ésta teoría la más juiciosa en este campo pues en primer lugar aludiendo a las formas esenciales de la medida, el que la medida cautelar innominada sea caracterizada como esencial y diferencialmente instrumental es incorrecto, pues todos los demás elementos ligados al proceso le sirven al mismo y son instrumentales entonces, por lo que no es éste un aspecto que las defina propiamente.

En segundo lugar, señaló que la temporalidad tampoco es una característica que lleve a una definición propiamente dicha de las medidas cautelares innominadas, pues en el proceso “todo es temporal, hasta la sentencia” pues esta no puede ser permanente sino hasta que las circunstancias fácticas la modifiquen, el doctor Nieva dice “cuidado la sentencia es eterna en cuanto las circunstancias no se modifiquen”.

Que la medida cautelar sea considerada como diferente a la pretensión que se persigue en el proceso para el profesor Nieva es “falso”, pues una medida cautelar puede perseguir dinero

convirtiéndose así en idéntica desde su pretensión a la sentencia. En el proceso tiene que ser todo proporcional, todo el ordenamiento jurídico debe ser proporcional y no solo para las medidas cautelares.

Frente a los presupuestos, que acierta un proceso, no es presupuesto sino “obviedad”, la “apariencia de buen derecho” el único que es realmente presupuesto, “peligro en la demora” no es tampoco un presupuesto, no lo es y si lo fuera no sería operante, pues es imposible que el juez sepa lo que va pasar con el demandado frente a ese “peligro en la demora” que alega el demandante y es ahí donde al juez se le escapan los conocimientos necesarios para si quiera suponer que el demandado puede o no afectar el derecho o evadir las obligaciones que se le enrostran.

En consonancia con todo lo anterior, se encuentran ahora posiciones como la de Bernal y Cardozo (2016) que remitiéndose a la posición del juez y las posibilidades cognoscitivas de este dentro del proceso afirma que no puede ir más allá de sus capacidades humanas individuales y puede cometer errores propios de su disertación en el caso de las medidas cautelares innominadas pues la legislación deja un amplísimo o excesivo margen de maniobra en su aplicación lo que a la vez significa un alto margen de error que se traduce en afectaciones al principio de imparcialidad y a la calidad de las providencias.

Lo que sucede ahora, es que a las dificultades propias de la aplicación de las medidas cautelares innominadas tales como la falta de desarrollo legal y jurisprudencial, la imprecisión conceptual en su definición y en la casi nula representación académica de su uso en proceso de pertenencia, ha surgido una nueva dificultad y es la aplicación de éstas en razón a las lógicas limitaciones del juez que no puede decir por si mismo si el demandado por ejemplo no va a esconder el bien o si lo va a vender o a llevar a cabo cualquier maniobra para afectar el derecho del demandante.

La variedad de posiciones recogidas a lo largo del éste, supone entonces una incapacidad de diferentes orígenes, jurídica y práctica que hace necesario suponer la necesidad de que se

lleve a cabo mayor producción académica al respecto y así mismo que los órganos ligados a la administración de justicia lideren dicho trabajo con el fin de buscar soluciones.

Seguramente no ahora se pueden ver muy cercanas esas soluciones pues nos encontramos con la barrera de la discrecionalidad del juez, expresada en la legislación acerca de las medidas cautelares innominadas. Sin embargo, en procesos como los de pertenencia existen serios riesgos de afectación para el derecho del demandante que, como se dijo al principio, se ve beneficiado por este proceso al ser una materialización del derecho a la propiedad y la función social de esta en Colombia lo que indudablemente necesita la intervención del estado siendo que de este proceso se derivan situaciones que dadas las condiciones sociales del país así lo ameritan.

Pensemos en la situación de los campesinos que necesitando legalizar sus tierras se enfrenten a los grupos armados como principales perturbadores de su posesión, para este caso no será suficiente que se inscriba la demanda, sino que deberán existir medidas mucho más contundentes y estudios más serios de la situación del bien con los que se satisfagan, además de los principios procesales, los derechos establecidos en la constitución, y de la misma manera podría pensarse cuando se está ante similares situaciones en procesos que versen sobre bienes muebles pero donde las afectaciones al derecho desborden la capacidad del proceso de mitigar dichas afectaciones. Esta idea surge de la necesidad por abordar los interrogantes sobre las medidas cautelares innominadas en procesos de pertenencia haciéndole a su vez justicia a la idea plasmada por el profesor Nieva en donde se dice que sería necesario visualizar criterios realmente diferenciables en la conceptualización y desarrollo de las mismas con lo que pueda construir de mejor manera desde la legislación y satisfacerse sus objetivos en el proceso.

## **6. Conclusiones.**

Aunque desde ya puede decirse que el tema de las medidas cautelares innominadas en procesos de pertenencia no encuentra concilio en el caso colombiano en casi ninguna de las fuentes del derecho, dicha situación aporta al debate por su entendimiento, que es el mismo de las medidas cautelares innominadas en general, habida cuenta del amplísimo y no excluyente concepto que se les otorgó en el artículo 590 del Código General del Proceso. A continuación, se exponen esos aportes con los que se enriquece la discusión y que son arrojados luego de concluir el presente trabajo.

El origen de las medidas cautelares en general se encuentra en Roma, sin embargo, representan un cambio de paradigma en el derecho en el que se empezó a dejar de perseguir la integridad del demandado para satisfacer las pretensiones del demandante respecto de su patrimonio, por lo que se hizo necesario desplegar medidas para la conservación de éste y que el proceso con sus demoras no afectara la garantía de la sentencia. En el caso colombiano pudo establecerse que las medidas cautelares son expresión de la protección a los derechos que consagra la constitución como fin esencial del estado.

Frente al proceso de pertenencia, se concluye que luego de la revisión de éste, es una materialización de la función social de la propiedad y garantía de la misma como derecho, la historia colombiana de este proceso admite que fue creado para solucionar los problemas de la legalización de predios a personas que por ostentar estos problemas tenían dificultades para acceder al crédito, de ahí la importancia de conocer las formas más profunda del proceso de pertenencia pues es garantía de la propiedad en Colombia y de la protección que el estado ha otorgado a los ciudadanos para su ejercicio. De ahí también que las medidas cautelares no solo sean nominadas y establecidas por el legislador, sino que existan las medidas cautelares innominadas como muestra de la amplísima facultad entregada al juez para llevar a cabo la protección de la que hemos hablado.

Esta calidad constitucional de la medida cautelar en su objeto implica también que la misma aun cuando busque proteger la propiedad no puede convertirse en un castigo para el afectado y ahí puede ubicarse un primer postulado fundamental para entenderlas, pues su decreto depende del examen de proporcionalidad que se haga para determinar si es necesaria, adecuada, si no reviste mayor perjuicio para el afectado y si su beneficio se equipara al costo de imponerla. Estos atributos que hacen parte de su naturaleza, sin embargo, pudo demostrarse que no existe base doctrinal suficiente para que dichos atributos que tienen las medidas cautelares innominadas les definan correctamente.

Se encontró además que existe una contradicción entre el precepto constitucional que le da fundamento a las medidas cautelares en general y que afecta la idea de aplicación de las medidas cautelares innominadas como forma de proteger derechos donde el legislador no ha previsto medidas nominadas para ello, dicha contradicción consiste en que por una parte la doctrina afirma que pueden proceder medidas cautelares nominadas convirtiéndose (en la práctica) en innominadas al no haber sido previstas para el proceso donde se soliciten siempre que se haga el examen de proporcionalidad y a esta posición ha respondido la jurisprudencia afirmando lo contrario.

Luego al momento de examinar las medidas cautelares innominadas en procesos de pertenencia, se puede establecerse que la producción académica al respecto es escasa y casi nula, y que esto es gracias a las dificultades conceptuales que suponen en sí mismas y que como se argumentó, no obedecen tampoco a criterios que las diferencien y les construyan un concepto propiamente dicho. Poco o nada se ha hecho en los juzgados para la aplicación de medidas cautelares innominadas en general y menos en los procesos de pertenencia.

No obstante, esto no quiere decir que no se pueda ofrecer percepciones acerca del comportamiento del juez y de las medidas en el proceso de pertenencia, pues se hará a continuación una breve disertación acerca de lo que éstas debieran ser y cómo podría

fomentarse una correcta aplicación de las mismas en vista de obedecer al mandato constitucional de proteger derechos a través de su aplicación.

Las medidas cautelares innominadas en procesos de pertenencia entonces, se encuentran como un asunto interesantísimo e importante para la investigación jurídica además de urgente, pues no es posible satisfacer los interrogantes a su alrededor con la bibliografía disponible, con lo que se quiere dejar ver la necesidad que hay de debatir más al respecto.

Las medidas cautelares innominadas en procesos de pertenencia en primer lugar, hipotéticamente; tendrán la práctica que podrían tener todas las medidas cautelares innominadas que pudiesen ocurrir en otros procesos declarativos pero para el caso del proceso de pertenencia seguramente será necesario que puedan establecerse esos posibles daños y que además el juez, aunque facultado para decidir las, pueda no solo hacer uso de su conocimiento sino apoyarse en conocimientos más exactos con los que se establezca la probabilidad de esos daños que se quieren prevenir y de esta manera haya una respuesta que no sea la “inaplicación” de las medidas cautelares innominadas en los procesos de pertenencia.

Está claro que el juez no lo puede saber todo y con lo anterior se quiere además establecer finalmente que la eliminación de los mecanismos que tenía el juez en el derogado Código de Procedimiento Civil, para entregarle toda la responsabilidad a la parte desconsidera la necesidad que tienen algunos procesos de ofrecer protección a ciudadanos en situaciones peligrosas al enfrentarse a un proceso declarativo de pertenencia. Todo esto para poder decir que aun cuando el Código General del Proceso desestimó los recursos con los que contaba el juez para probar ciertos elementos como los auxiliares de la justicia, ha dejado sin dientes en temas como el de las medidas cautelares innominadas que claramente desbordan la capacidad del juez para constatar la existencia de los presupuestos que las hacen procedentes.

Es así como desde el presente trabajo se establece la necesidad de legislar, no para condicionar el actuar del juez sino para despojarlo de los errores que puede cometer al tener que decidir solo y decidir rápido sobre asuntos que deberían obedecer a razones de ciencia o de

técnica y no solo a criterios o conflictos entre la jurisprudencia o la doctrina con lo que se puede dotar a los procesos de pertenencia de una verdadera presencia de medidas cautelares innominadas para alcanzar la protección efectiva de la propiedad en el país.

## 7. Referencias.

Alcaldía de Bogotá. (s.f). *Sentencia 054 de 1997*. Corte Constitucional de Colombia:

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/listados/tematica2.jsp?subtema=20517#:~:text=En%20nuestro%20or%C3%A9gimen%20jur%C3%ADdico%2C%20las,de%20una%20decisi%C3%B3n%20judicial%20o>

Alvarado, C. J. (s.f). *La usucapion como modo de adquirir de la propiedad en el derecho romano y su influencia en la legislación civil latinoamericana*. Universidad de Carabobo: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-2.pdf>

Angarita, S. D., Angulo, P. Y., Bohorquez, L. J., Hernangez, S. M., Montes, T. D., Olarte, T. L., . . . Porras, P. D. (2016). *Hacia la contracautela innominada: Una materialización de la igualdad procesal*. Semillero de Derecho Procesal de la Universidad Libre : <http://publicacionesicdp.com/index.php/revista-semilleros-icdp/article/viewFile/417/pdf>

Arboleda, A. T. (2019). *El proceso de declaración de pertenencia en inmuebles carentes de antecedentes registrales*. [https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/9436/Proceso\\_declaraci%C3%B3n\\_pertenencia\\_inmueble.pdf?sequence=1](https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/9436/Proceso_declaraci%C3%B3n_pertenencia_inmueble.pdf?sequence=1)

Baracaldo, G. A. (2020). *La constitucionalización de la usucapión en la práctica del derecho - Analisis Jurisprudencial-*. Universidad del Rosario: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/31167/TESIS%20FINAL%20O-%20TRABAJO%20DE%20GRADO%20ANGELA%20BARACALDO%20%281%29.pdf?sequence=1>



Bejarano, G. R. (2014). *Coexistencia de medidas cautelares*. Ambito Jurídico:

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/educacion-y-cultura/coexistencia-de-medidas-cautelares>

Bernal, O. R., & Cardozo, B. P. (2016). *Vicisitudes de la implementación de las medidas cautelares innominadas en el proceso civil colombiano*. Fundación Universitaria Los Libertadores:

<https://repository.libertadores.edu.co/bitstream/handle/11371/606/BernalOsorioRubiEsmeralda.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Bolívar, M. M. (2018). *Las medidas cautelares innominadas y su relación con el principio de legalidad*. Universidad Católica de Colombia:

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/16182/1/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS%20Y%20SU%20RELACION%20CON%20EL%20PRINCIPIO%20DE%20LEGALIDAD.pdf>

Cabrera, R. D. (2014). *Estudio a las medidas cautelares innominadas, en vigencia del código general del proceso*. IUSTA:

<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/2458>

Cadena, P. J. (2021). *Delimitación de los criterios normativos y jurisprudenciales para la aplicación eficaz de las medidas cautelares innominadas para el proceso administrativo desde la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica*. Universidad de Medellín:

[https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6600/T\\_MDPC\\_497.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/6600/T_MDPC_497.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Charry, U. J. (s.f). *La propiedad en el siglo XX*. Revista Credencial:

<https://www.revistacredencial.com/historia/temas/la-propiedad-en-el-siglo-xx>

Colmenares, C. (5 de Septiembre de 2016). Panel Medidas Cautelares Innominadas. *XII Congreso Internacional de Derecho Procesal*.

<https://www.youtube.com/watch?v=VJabJWwIDBo&t=3355s>.

Contreras, A. J. (2015). *Medidas cautelares innominadas y anticipatorias un análisis comparado en las distintas jurisdicciones del régimen jurídico colombiano*.

Universidad Católica de Colombia:

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2330/1/Medidas%20cautelares%20innominadas%20y%20anticipatorias%20un%20an%C3%A1lisis%20comparado%20en%20las%20distintas%20jurisdicci.pdf>

Cuenca, R. Y. (2022). *Medidas cautelares innominadas en procesos declarativos de unión marital de hecho como medios de protección de derechos patrimoniales*. Universidad

Libre:

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/20510/Medidas%20Cautelares%20Innominadas%20En%20Procesos%20Declarativos%20De%20Uni%C3%B3n%20Marital%20De%20Hecho.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2011). *Derecho de Pertenencia*.

<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m2-8.pdf>

Garzón, C. C., & García, Z. M. (2013). *Medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos*. Revista Academia y Derecho:

<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/2525/1954>

Hernandez, V. D. (2004). *El desarrollo de la propiedad privada en el ordenamiento jurídico colombiano*. Universidad Javeriana:

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/45126/5.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

- Lindarte, V. D., Martínez, M. J., & Suárez, N. M. (2018). *Medidas cautelares innominadas decretadas por los jueces civiles municipales y del circuito de Bucaramanga*. Universidad Autónoma de Bucaramanga:  
[https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/560/2018\\_Tesis\\_Diego\\_Fernando\\_Lindarte\\_Vargas.pdf?sequence=1](https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/560/2018_Tesis_Diego_Fernando_Lindarte_Vargas.pdf?sequence=1)
- Lopez, B. H. (2018). *Código General del Proceso*. DUPRE Editores LTDA.
- Muñoz, A. L. (s.f). *Algunas anotaciones sobre la prescripción adquisitiva de dominio*. Universidad Externado de Colombia: <https://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/48/2020/06/RED-Luz-Madeleine-Mun%CC%83oz-Prescripci%CC%81n-07062020-002.pdf>
- Ortells, R. M. (2000). *Las Medidas Cautelares*. Universidad de Valencia:  
<http://venezuelaprocesal.net/Ortellsmedidas..pdf>
- Parra, Q. J. (2013). *Medidas Cautelares Innominadas*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>
- Perez, S. J. (2015). *Conceptualización de la función social de la propiedad en el derecho español y colombiano*. Universidad de Salamanca:  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6731094.pdf>
- Quiroga, C. H. (2001). *El proceso de pertenencia*. Universidad Nacional de Colombia:  
<https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/53438/9587010396.PDF?sequence=1&isAllowed=y>
- Rojas, G. M. (2017). *Lecciones de Derecho Procesal*. Escuela de Actualización Jurídica.
- Serrano, G. R., & Acevedo, P. M. (2012). *Aportes jurisprudenciales y doctrinales sobre la prescripción adquisitiva del dominio y el justo título en el derecho colombiano*. Revista Entramado Universidad Libre:  
[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1900-38032012000100008](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1900-38032012000100008)

Soliz, G. J. (2022). *Felipe Pinglo y el Derecho Romano: El plebeyo en las XII tablas y la lex canuleia*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos:

<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/2460/2935>

Villota, N. H., & Escobar, A. J. (2017). *Requisitos jurídicos para decretar medidas cautelares innominadas con la vigencia del Código General del Proceso*. Revista Investigium Ire: Ciencias Sociales y Humanas:

[https://investigiumire.unicesmag.edu.co/index.php/ire/article/download/195/pdf\\_8/](https://investigiumire.unicesmag.edu.co/index.php/ire/article/download/195/pdf_8/)