



**MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS GARANTE DE LA TUTELA JUDICIAL
EFECTIVA EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS DE ACCIONES POSESORIAS**

XIOMARA E. NIÑO

Director:

DR. EDGAR FABIÁN GARZÓN BUENAVENTURA

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL
INVESTIGACIÓN II
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA
7 DE DICIEMBRE DE 2022**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS, UNA INSTITUCIÓN REVESTIDA DE LEGALIDAD PARA EL DESARROLLO DEL BUEN DERECHO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	7
1.1. Medidas Cautelares	7
1.2. Medidas Cautelares Innominadas	9
1.3. Tutela Judicial Efectiva.....	10
CAPITULO II. APLICACIÓN DE TÉCNICAS JURÍDICAS EN LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y EL BUEN DERECHO EN ACCIONES POSESORIAS, SUS PARÁMETROS LEGALES Y DISCRECIONALES.....	13
2.1. Técnicas Jurídicas De Las Medidas Cautelares Innominadas	13
2.2. El Buen Derecho En Las Medidas Cautelares Innominadas en acciones posesorias	14
2.3. Legalidad Y Discrecionalidad Judicial De las Medidas Cautelares Innominadas.....	17
CAPÍTULO 3. LA SOLICITUD Y LA IMPLEMENTACIÓN ADECUADA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS REQUIEREN APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y CONLLEVAN EL EJERCICIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	20
3.1. La Solicitud Adecuada De Las Medidas Cautelares Innominadas Requiere Apariencia Del Buen Derecho.....	20
3.2. La Adecuada Implementación De Las Medidas Cautelares Innominadas Garantizan La Tutela Judicial Efectiva.....	21

CONCLUSIONES 22

REFERENCIAS..... 23

RESUMEN

Con el presente artículo se busca demostrar como las cautelas no taxativas, se establecen como una garantía y materialización de los principios contemplados en nuestra carta magna como el de la legalidad y de la tutela judicial efectiva, funcionan como instrumento necesario para la protección de los derechos sustanciales y efectivización de la justicia. Las medidas innominadas, a pesar de no estar descritas taxativamente en la ley, se deben nutrir de legalidad, haciendo uso de la técnica jurídica. En este escrito se explica como con el decreto de estas medidas se puede materializar la tutela judicial efectiva, la apariencia del buen derecho, salvaguardar la efectividad de los fallos y la razonabilidad judicial que fortalece la confianza en el ordenamiento jurídico. Esta investigación, se desarrolló en un estudio descriptivo, con un método cualitativo e inductivo, donde se analizó las posturas de los doctrinantes ilustres, de nuestro país, como Parra Quijano Jairo (2013), López Blanco Hernán F. (2017) y Rojas Gómez Miguel E. (2017), entre otros, así como otras fuentes, tales como artículos de investigación, tesis, y sentencias.

Palabras claves: Medidas cautelares, cautelas innominadas, tutela judicial efectiva, buen derecho, legalidad, discrecionalidad.

Keywords: Precautionary measures, unnamed precautionary measures, effective judicial protection, good law, legality, discretion.

INTRODUCCIÓN

El Estado en desarrollo social de derecho, ha dotado a las organizaciones en los diferentes poderes públicos, de mecanismos que permitan, reglamentadamente, resolver las diferencias de las colectividades, especialmente aquellas diferencias que trascienden al ámbito judicial.

El objeto de estudio en este artículo es el desarrollo del concepto de medidas cautelares innominadas, como garantes a la tutela judicial efectiva, erigidas por el buen derecho, especialmente en procesos declarativos de acciones posesorias.

Teniendo en cuenta estos señalamientos, se planteó el problema de investigación ¿De qué forma las cautelas innominadas garantizan el acceso a la justicia en los procesos declarativos posesorios? Para dar respuesta a este interrogante, se edificó la hipótesis, a fin de establecer si estas medidas son garantías del derecho a la tutela judicial efectiva.

Este derecho de acceder a la justicia, ha ido desarrollándose socialmente implementándose en todas las instituciones procesales de derecho y con la implementación de las medidas cautelares, se solidifica el respaldo Constitucional,.

En atención a lo anterior, el legislador, implementó las medidas cautelares en diversas codificaciones, como instituciones que garantizaran la tutela judicial efectiva, en amparo de la apariencia de derecho, herramienta que materializan los derechos, como medidas provisionales, preventivas y que buscan mantener el estatus quo, mientras se tramita el proceso.

Las medidas cautelares, tienen su aparición en la legislación de Colombiana, en el Código de Procedimiento Civil, el que traía las medidas cautelares mas elementales, como registro o inscripción de la demanda, guarda y aposición de sellos, el secuestro y el embargo de bienes inmuebles y de bienes muebles en procesos ejecutivos.

Aquellas medidas, no operaban para todos los procesos o situaciones fácticas, solo se consagraban para procesos llamados de trámite ordinario y solo para determinadas acciones, así sólo se permitía la inscripción de la demanda como medida publicitaria y el embargo y secuestro de bienes, en procesos que en primera instancia tuviesen sentencia favorable cuando se

adelantarán asuntos de indemnización de perjuicios en procesos por responsabilidad civil contractual o extracontractual o por accidentes de tránsito.

Con el Código General del Proceso, se amplió el espectro cautelar y contempló la existencia de medidas cautelares no taxativas o innominadas y con ello, se reafirmó el concepto de “apariencia de buen derecho”.

Se establecerá como las medidas cautelares innominadas, son una institución, que se ampara y ratifica la legalidad de las decisiones judiciales para el desarrollo de la tutela judicial efectiva, dado que el Juez, teniendo libertad para actuar, dentro de su discrecionalidad, está sujeto a observar los parámetros legales, en la aplicación de técnicas jurídicas, por ello se afirma que esta institución es propositiva, porque con su decreto, se evidencia la tutela judicial efectiva.

El proceso cautelar, es instrumental, accesorio y provisional, nace dentro del trámite procesal de manera independiente y perdura hasta que se ordene su cancelación independiente al momento mismo de la sentencia, aunque sean concomitantes.

Lo que busca el desarrollo de este artículo de investigación es identificar los parámetros que se deben observar en el desarrollo de la institución de medidas cautelares innominadas y mas específicamente en los en procesos posesorios.

CAPITULO I. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS, UNA INSTITUCIÓN REVESTIDA DE LEGALIDAD PARA EL DESARROLLO DEL BUEN DERECHO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1.1. Medidas Cautelares

Una medida cautelar como instrumento procesal, que tiene el carácter provisional, rogado por la parte y adoptado por el Juez, dentro de un proceso, cuyos fines se pueden concretar en el efectivo derecho a la justicia (tutela judicial efectiva), como garantía del ejercicio de un derecho objetivo, para asegurar el resultado de la decisión judicial.

A continuación, se revisan cada una de las características anotadas en la anterior definición de medidas cautelares, como mecanismo legal o instrumento jurídico procesal, se concreta dado que desarrolla garantías constitucionales en procura del desarrollo del buen derecho, a través de decisiones judiciales provisionales dentro del proceso, cuyo fin primordial, es la eficacia de la administración de justicia, o tutela judicial efectiva.

Como mecanismos provisionales; nace dentro del proceso, para adoptarse, cuando el Juez razone la necesidad, con el fin de proteger el derecho sustancial demandado y que son susceptibles de modificarse o suprimirse, por decisión judicial, dentro del trámite del proceso, en tanto se toma una decisión definitiva de lo demandado, en la sentencia o fallo.

Por lo anterior se dice que es un mecanismo que permite una efectiva tutela judicial efectiva, que puede entenderse como la viabilidad de todos los individuos dentro del Estado, para acceder, sin ningún tipo de distinción o restricción a cualquier jurisdicción ordinaria o extraordinaria para la resolución de un conflicto. Presupuesto consagrado en nuestra Carta Magna, en el Artículo 228, “La administración de justicia es función pública”, en el artículo 229 “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia” (Constitución Política, 1991).

Sobre el fin último de las medidas cautelares, se puede concretar, de un lado, que se diseñaron para mantener el estatus quo, en espera de garantizar el cumplimiento de un fallo y para prevenir (verbo transitivo “prevenir”), perjuicios mayores, ya de vinientes de la vulneración de misma del derecho en protección y sumada la demora que conlleva la producción del fallo (Rey Cantor & Rey Anaya, 2010).

La Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, ha mantenido esta línea de caracterización de las medidas cautelares, entre los que se destaca la siguiente Sentencia. Las medidas cautelares son “preventivas, recaen sobre bienes y personas para mantener un estado óptimo de los mismos, logrando sentencia efectiva e impidiendo perjuicios durante el tiempo todo el proceso” (Corte Constitucional, 1999).

Más adelante en sentencia de la Corte Constitucional, las definió como instrumentos procesales que protegen, provisionalmente, los derechos controvertidos dentro del proceso, cuyo único fin tendría es asegurar la materialización de la futura sentencia favorable al demandante (Corte Constitucional, 2004).

Doctrinarios, han reiterado la misma caracterización jurisprudencial de las medidas cautelares, como indica el tratadista Parra Quijano, que las medidas cautelares son un medio cuyo fin es asegurar el resultado del proceso, como garantía de las personas, de los derechos y de las obligaciones (Parra Quijano, 2013).

En igual sentido, para Calamandrei, las medidas cautelares son un instrumento o medio, que cumple la función de lograr eficacia de la justicia y esa función emerge de la relación que se establece entre estas dos funciones, de un lado la necesidad de justicia y el peligro de la mora en el amparo judicial (Calamandrei, 1984).

Así mismo, el jurídico Villamil Portilla, las ha señalado como el instrumento, que permite asegurar la efectividad de los fallos y con ello la efectividad del acceso a la administración de justicia.

En nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, las medidas cautelares tienen su aparición con el Código de procedimiento civil (arts. 690, 691 y 692), que trajo las medidas de embargo y secuestro en procesos ejecutivos y de familia, otras en procesos donde se controvierten derechos reales como en procesos provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, siempre que la sentencia hubiese sido apelada, otros como procesos de servidumbre, pertenencia, procesos divisorios, deslinde y amojonamiento y expropiaciones..

Dada la socialización y constitucionalización del derecho, el legislador, con el Código General del Proceso, amplió el espectro cautelar, en el artículo 590, numeral 1, literal “C” y artículo 598, numeral 5, literal “F” del C.G. del P., retomando la aplicación de medidas cautelares del anterior compendio procesal civil. Es decir, las medidas taxativas, como la inscripción de demanda, embargo y secuestro de bienes inmuebles en procesos ejecutivos, embargo de bienes

muebles, guarda y aposición de sellos, además, contempló las existencias de medidas cautelares no taxativas o innominadas y con ello, el concepto de “aparición de buen derecho”, se reconfirmó ampliamente.

1.2. Medidas Cautelares Innominadas

Cuando las cautelares taxativas, se hicieron insuficientes para amparar, la tutela judicial efectiva, en las diversas acciones y situaciones fácticas, que en ellos se suscitaban, emergen las cautelares innominadas.

El legislador prefirió confiar en el operador judicial la función de crear las medidas cautelares, otorgándole facultades genéricas, para adoptar, a iniciativa del interesado, otras medidas cautelares, que a su juicio resultaran más adecuadas a las situaciones específicas sometidas a su consideración (Rojas Gómez, 2017).

El Juez, decreta las medidas que del escrito demandatorio encuentre razonables y con su decreto se protege el derecho objeto del litigio, ya sea impidiendo su infracción o consecuencias adversas, o para que cesen los perjuicios que se hubieren causado y asegurar la efectividad de la pretensión (Parra Quijano, 2013).

La Corte Constitucional en el año 2004, también las definió instrumentos procesales cuyo fin último era asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados en la sentencia

, y han sido consideradas como un componente del derecho de acceso a la Administración de Justicia, en virtud de que tal derecho comprende no solo la pretensión de obtener un pronunciamiento judicial en torno a los derechos, sino la materialización de las medidas que los hagan efectivo según (Corte Constitucional, 2004).

Entonces, las medidas cautelares innominadas son una facultad judicial, que efectiviza el acceso a una justicia eficaz, lo dice el doctrinante Bolívar Mesa (2018) que, en las medidas cautelares, se desarrollan de manera relevante el derecho fundamental al acceso a la justicia, informado y alimentado de otros derechos como, el derecho a la defensa, el juez natural, al debido proceso, el derecho a presentar pruebas y controvertirlas.

Las medidas cautelares innominadas en Colombia, tiene su aparición, en normas especiales, en materias diferentes así se tienen en reglamentación de la acción de tutela, la ley 2591

de 1991, señaló que las “medidas provisionales para proteger un derecho, desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere” (República de Colombia, 1991).

En la ley de competencia desleal, ley 256 de 1996, artículo 31, “el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes”. (Congreso de la República, 1996).

La Ley de acciones populares y de grupo, que desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, también faculta al Juez para decretar medidas previas que estime pertinentes para curar daños inminentes o para hacer cesar el que se hubiere causado (Congreso de la República, 1998).

En el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contemplaba las cautelares innominadas, en el artículo 229, “ para procesos declarativos podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”. (Congreso de la República, 2011).

En el Código de Comercio, las medidas cautelares innominadas fueron establecidas, en el artículo 568, “el titular de una patente o de una licencia podrá solicitar del juez que tome las medidas cautelares necesarias, para evitar que se infrinjan los derechos garantizados al titular de la patente” (República de Colombia, 1971).

1.3. Tutela Judicial Efectiva

La tutela judicial efectiva es el derecho constitucional, que tiene doble vía, de un lado es él tiene todo residente en el país de acceder a la administración de justicia, siendo un derecho fundamental, que constituye el pilar fundamental del Estado Social de Derecho y del otro extremo está el servicio de administración de justicia, que lo presta el actor judicial, Juez, que es quien debe cumplir con la función de administrar justicia, estructurando, fundamentando y razonando el procedimiento interpretativo en las decisiones.

En palabras de la Corte Constitucional: “las medidas cautelares, tienen sustento constitucional por que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, derecho de todas las personas.”. (CC, Sentencia C-490/00, Col)

Veamos como para el ejercicio y desarrollo del derecho de la tutela judicial efectiva, la Constitución Política, la consagra como principio y como derecho fundamental. En el artículo 229, al decir, “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” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Y como garantía constitucional, se encuentra inmerso en el principio de prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales, como lo encontramos en el Art. 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 (Constitución Política, 1991).

Sobre la prevalencia del derecho sustancial, se ha dicho por la corporación constitucional, La prevalencia sustancial es un principio Constitucional, que exige al judicial, anteponer los derechos sustanciales sobre las formalidades del proceso, es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no los fines mismos del proceso (Corte Constitucional, 1995).

Otra decisión Constitucional, en sentencia de tutela, se indicó que:

El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes (Corte Constitucional, 2013).

Es entonces, la tutela judicial efectiva, una garantía constitucional que el legislador también consagro, dentro de la institución de las medidas cautelares, al igual que en las innominadas, implementadas en la legislación civil en el año 2012 con el Código General del Proceso.

El legislador, en desarrollo del espíritu de socialización y constitucionalización del derecho, deja al artesano judicial la facultad de crear disposiciones cautelares, cuando se justifique razonadamente, la necesidad de amparo, en aras de garantizar el buen derecho, es así, que en su

artículo 590, numeral 1, literal “C” y artículo 598, numeral 5, literal “F”, concretó, dentro de la institución de las medidas cautelares, las medidas cautelares no taxativas o innominadas.

Estas providencias, tienen características propias que las diferencian del proceso en sí, ya en la argumentación de la solicitud misma, así como en su vigencia que puede ser antes o durante el desarrollo de un proceso y también en sus efectos, que no son los de una sentencia, si no, un medio que tienen la misión fundamental de proteger provisionalmente la efectividad del pronunciamiento esperado con la sentencia definitiva del proceso, asegurando la materialidad del posible fallo, es decir, el amparo efectivo de los derechos objeto de controversia judicial.

Así lo interpretó la Corte Constitucional como precedente en sentencia, C-835 de 2013, cuando que las autoridades judiciales o administrativas pueden imponer medidas cautelares, buscando garantizar, el ejercicio de un derecho o para buscar el aseguramiento de la ejecución de la decisión futura, facultad que tiene el operador judicial otorgada por el mismo legislador el que también se encuentra sometido a ciertos límites establecidos en la propia carta política que restringen su amplio marco de configuración normativa (Corte Constitucional, 2013).

Entonces, el juez, en desarrollo de esta facultad cautelar, tiene que moverse discrecionalmente dentro de unos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, en procura del buen derecho y respeto a la prevalencia del derecho sustancial, para prevenir y asegurar el resultado del proceso, para que su resultado no se vea frustrado.

En esta postura, La Corte Constitucional manifestó que: el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia comporta la garantía de la obtención de una respuesta de fondo por parte de los jueces, quienes, a su vez, se hallan obligados a evitar a toda costa fallos que, basados en obstáculos formales, impidan la vigencia del derecho material o de los derechos subjetivos. Esto ocurre tanto en los fallos que son inhibitorios de forma manifiesta como en aquellos que lo son de forma implícita, es decir, bajo la apariencia de un pronunciamiento de mérito (Corte Constitucional, 2009).

CAPITULO II. APLICACIÓN DE TÉCNICAS JURÍDICAS EN LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS Y EL BUEN DERECHO EN ACCIONES POSESORIAS, SUS PARÁMETROS LEGALES Y DISCRECIONALES

2.1. Técnicas Jurídicas De Las Medidas Cautelares Innominadas

Sobre la Técnica Jurídica, para algunos tratadistas, se trata de la ciencia del derecho que estudia, la forma de aplicar el conocimiento jurídico objetivo en casos concretos, aplicando la técnica para la creación, aplicación, investigación y enseñanza del derecho (Florez, 1995).

En efecto, para la práctica de la técnica jurídica, se parte de la ciencia por que los procedimientos que se utilizan para la realización de un fin, parte de los principios generales de la ciencia que se estudia y de los aportes de la práctica en casos semejantes, extraídos de la realización del fin de derecho. (Enciclopedia jurídica, 2020).

En una sociedad que en su desarrollo cada vez es mas decadente, se ventilan cada nuevos riesgos, resulta ineludible técnicas. En estas circunstancias, la ciencia del derecho no solo tiene cercanía si no dependencia de la técnica, en sus organizaciones, su discurso, sus conceptos y sus reglas (Santaella Quintero, 2008).

El Juez para decretar medidas cautelares innominadas, debe aplicar técnicas jurídicas en pro y desarrollo del buen derecho. Tutela provisional, que sólo puede concederse, mediante herramientas de la parte accionante, que le permitan al Juez, inferir, con lo que aparece como probable y de manera anticipada, una respuesta de sentencia.

Los criterios o parámetros cautelares, son la técnica jurídica a observar, por parte del Juez, para hacer uso de este mecanismo y la observancia de estos parámetros, es lo que da la legalidad al decreto de medidas cautelares innominadas.

Es por ello que se afirma, que el legislador, en el Código General del Proceso, dejó plasmados los parámetros de obediencia del principio de legalidad, en el artículo 590, así, le imprimió obligatoriedad de respetar la legitimación en causa y si se está ante una verdadera amenaza o la vulneración del derecho, es decir si existe un verdadero peligro in mora, mas adelante le exige, revisar la apariencia de buen derecho, la necesidad de la medida, efectividad y proporcionalidad de la misma, para terminar facultándolo para decretar su alcance, duración y

faculta para la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, ya en el transcurso del proceso (Congreso de la República, 2011).

Entonces, la facultad cautelar del actor judicial, deviene de la ley y allí, también se plasmaron los criterios orientadores de la función judicial como la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, para la edificación el decreto de medidas cautelares innominada.

Es el obedecimiento de los anteriores criterios, lo que constituye la observancia al principio de legalidad y los criterios en sí, son la técnica a seguir para su decreto y práctica, así, lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Esta facultad cautelar del juez, también se encuentra limitada, de un lado con la fundamentación sumaria y fáctica de la solicitud y de otro, la sujeción de parámetros sustanciales y procedimentales en su decreto y adopción.

Del mismo artículo 590 de Código General del Derecho, se desprende exigencias de carácter Subjetivo, es así como el solicitante deberá acreditar un mínimo las situaciones fácticas,

- Aparente legitimación, de la activa para poder obtener una resolución cautelar favorable, así como la legitimación pasiva, respecto de quien deberá dibujar la aparente legitimación para soportar los efectos de la medida solicitada, pues no resulta posible solicitar medidas cautelares sobre sujetos que no están llamados a responder de la pretensión principal.
- La existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.
- La apariencia de buen derecho (Villota Narvaéz & Escobar Argoty, 2017).

2.2. El Buen Derecho En Las Medidas Cautelares Innominadas en acciones posesorias

En desarrollo de sensibilización y de la constitucionalización, del derecho en Colombia, se avanza en asegurar que la justicia sea efectiva, es así que la figura de medidas cautelares innominadas ha evolucionado, buscando siempre desechar del proceso los resultados inocuos.

Para decidir sobre la procedencia de la medida cautelar innominada, el primer criterio de justificación necesaria, para la procedencia de la medida cautelar es el FUMUS BONI IURIS, o apariencia de buen derecho.

La apariencia de buen derecho es el primer resultado en el intelecto del Juez, es la apreciación inicial y provisional, juicio de verosimilitud o probabilidad y de la posible existencia de un derecho que se le edifica el Juez del escenario demandatorio, que se le presenta, es la primera apariencia que el Juez se debe hacer de la existencia y de la amenaza o la vulneración de un derecho (juicio de verosimilitud o probabilidad).

Al respecto, en definición doctrinal, se dice que “el *fumus boni iuris* se puede definir como la obligación de acreditar *prima facie* que la pretensión que se pretende asegurar va a ser estimada por el órgano jurisdiccional” (Sandoval Gutierrez, 2020).

En reiteradas oportunidades la Corte suprema de Justicia Sala de Casación Civil, ha decantado el tema de las medidas cautelares innominadas, dentro del cual se recuerda el principio del *fumus bonis iuris*,

b. En relación con el *fumus bonis iuris* debe hacerse un examen preliminar de los diferentes elementos de juicio disponibles en esta etapa del proceso, para efectos de determinar, con alguna precisión, las probabilidades de éxito de las pretensiones formuladas por el demandante. Este presupuesto se deriva de la denominada apariencia de buen derecho a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso. Como lo ha explicado este Despacho en varios pronunciamientos, este análisis preliminar no conlleva, en forma alguna, un prejuzgamiento que le impida al juez pronunciarse más adelante acerca del fondo del asunto. Al tratarse de una valoración previa de las pruebas disponibles cuando se solicita la medida cautelar, es perfectamente factible que, al momento de dictar sentencia, se llegue a una conclusión diferente de la expresada en el auto de medidas cautelares (Corte Suprema de Justicia, 2015).

La legislación Procesal Civil, contempla las medidas cautelares en procesos declarativos, de manera más mezquina, sesgada o restrictiva, debido a que, en estos procesos, no hay derechos ciertos ni declarados, precisamente lo que se busca es que, a través del proceso, se llegue a la certidumbre de su existencia.

En el Código General del Proceso, artículo 590, numeral 1, literales, a y b. establece medidas cautelares taxativas, pero para determinados procesos declarativos, a saber, Inscripción de demanda sobre los bienes sujetos a registro y el embargo y secuestro de bienes con sentencia favorable de primera instancia, en procesos donde se ventilen derechos de dominio y/o responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Ahora, en el literal “c” del mismo articulado 590, del C.G. del P., cuando dice “ cualquier otra medida que el juez encuentre razonable”, es cuando se abre el boquete, para que el Juez de conocimiento pueda decretar medidas rogadas de parte, para la proteger el derecho objeto del litigio, buscando prevenir mayores perjuicios o sentencias innocuas. (Congreso de la República, 2012).

Cuando el citado artículo faculta al Juez, para decretar “cualquiera otra medida”, le está facultado para que, decrete la medida que, a su entender, sea suficiente, para garantizar la tutela judicial efectiva en aquellos procesos.

La legislación civil en el artículo 972, prevé las acciones posesorias, así, “Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos” (Congreso de la República, 1873).

Entonces estas acciones declarativas, tienen como fin primordial conservar la posesión y van dirigidas a pedir que el derecho posesorio no sea turbado. Las medidas cautelares innominadas, también, en procesos posesorios, proceden, cumpliendo los criterios de ritualidad, por parte del demandante, por lo que se tienen algunas características,

- a. Es una medida rogada,
- b. Puede sufrir variaciones officiosas, dado que el Juez de oficio, puede modificarla, sustituirla, o cesarla,
- c. Debe estar argumentada, en su solicitud y su decreto, exponiendo el riesgo de insuficiencia de justicia si se espera hasta la sentencia.

Como quiera que los procesos posesorios son declarativos y se dirigen en contra del perturbador que puede ser o no el propietario del bien, entonces, la medida cautelar taxativa de inscripción de demanda, puede no dirigirse en contra del propietario inscrito, por tanto, no habría lugar a legitimarse la pasiva, para soportar la inscripción de demanda.

Ante tal insuficiencia legal, ante la deficiencia del verdadero acceso a la justicia, en procesos declarativos, como el de acciones posesorias el legislador previó la viabilidad del decreto de medidas cautelares innominadas.

El Juez debe hacer juicios de ponderación y razonabilidad, a la solicitud, en la cual se debe relatar aquellos actos perturbatorios que se denuncian, así como las pruebas sumarias aportadas, el derecho objeto del litigio, que sería el de poseedor y visualizar el perjuicio o daño que se pudiera causar con la mora del fallo.

El Juez, una vez informado de las situaciones fácticas, debe formarse un juicio inicial, es el llamado, apariencia de buen derecho, así mismo, de la necesidad de la medida, efectividad del fallo y proporcionalidad de la medida.

En los procesos declarativos posesorios o de acciones posesorias, se corre el riesgo del prejuzgamiento, dado que con ellas se persigue que el Juez ordene cesar aquellos actos que perturban el ejercicio del derecho de posesión y esta es en últimas la pretensión esencial de la demanda, es a lo que se ha denominado “homogeneidad”, pues esta posibilidad de coincidencia, es abiertamente posible.

En apreciación de Ortiz Castro, la homogeneidad cautelar, se presenta asuntos en donde lo reclamado en el proceso principal sea, por ejemplo, la cesación o prohibición de una conducta, como sería el caso de las acciones posesorias que buscan ordenes de prohibición a los actores pasivos, dando lugar a la anticipación provisional de alguno o todos los efectos de dicha sentencia (Ortiz Castro, 2020).

Esta diferencia se debe plasmar en la argumentación de una y de otra, para conjurar el riesgo de prejuzgamiento, así que la situación fáctica y el objeto principal de la demanda, puede servir para la valoración del **fumus boni iuris**, aunque se debe exponer el perjuicio que el fallo tardío causaría, es decir son otros los fundamentos de los presupuestos cautelares.

Aquí, presento algunas de las medidas cautelares innominadas que proceden en estos procesos de acciones posesorias;

1. Ordenar al perturbador el desalojo del inmueble perturbado.
2. Ordenar al perturbador, abstenerse de continuar ejecutando los actos perturbantes.
3. Ordenar al perturbador, abstenerse de celebrar contratos, que vinculen el uso o goce del inmueble vinculado con terceros.
4. Ordenar al perturbador depositar a órdenes del Juzgado, los dineros que perciba de terceros en virtud de contratos de arrendamiento por frutos civiles, a fin de evitar perjuicios

2.3. Legalidad Y Discrecionalidad Judicial De las Medidas Cautelares Innominadas

Sobre el Principio de Legalidad, es un principio rector, cuyo fin es el de generar confianza de la operación judicial y en el ordenamiento jurídico.

La confianza debe representar la justicia, como parte fundamental de las garantías y derechos de las personas, dado que supone que el ejercicio de su función, esta sometidas a la ley, generando credibilidad en los poderes de quienes nos gobiernan.

Sobre el principio de legalidad, la Corte Constitucional (2012) fijó sus fines en sentencia, en la que expresó que:

éste (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del Legislador; (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado (Corte Constitucional, 2012).

En Colombia, con la Constitución Nacional de 1991, se estableció el estado social de derecho en el artículo 1, que dice:

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 (Constitución Política, 1991).

Y al ser un Estado Social de Derecho, la igualdad y la legalidad cobran relevancia, pues el Estado debe vela porque todos los ciudadanos, tengan los mismos derechos y estén regidos por las mismas normas. “El principio de legalidad, supone que todas las autoridades de un Estado, en sus acciones, están sometidas a la ley” (Olano, 2005).

Las medidas cautelares innominadas, guardan estrecha relación con el principio de legalidad, dado que, al implementarse la institución cautelar innominada, en nuestro ordenamiento jurídico, se puede generar desconfianza en el órgano judicial, dado que la amplitud de la discrecionalidad del Juez en el ejercicio de la facultad legal cautelar, puede tildarse como de vulnerante del principio de legalidad.

Para dilucidar la legalidad de las cautelas innominadas, hay que tener claro que la razonabilidad exigida al actor judicial, para el decreto de cualquier medida, no pueden ser producto de su invención como “artesano” judicial, sino también, estas decisiones o providencias que decreta su práctica, están sujetas a parámetros que la ley, tiene preestablecidos.

Sobre las medidas cautelares Innominadas en los procesos declarativos, la ley procedimental tiene establecidos los límites y parámetros en el mismo articulado (Art.590 C.G.P.), bajo este precepto, queda claro que las medidas cautelares innominadas, tienen sustento legal y, por tanto, redundan en la legalidad de su procedencia;

Al respecto, la Corte Constitucional (2013), ha reiterado esa postura que atañe a la legalidad, reiterando que las medidas cautelares innominadas son el resultado de la facultad que el legislador otorgó al juez, para que obrando dentro de la legalidad de la técnica jurídica actuara dentro de los parámetros de la equidad y la razonabilidad, para prestar el servicio de justicia a los asociados, (Corte Constitucional, 2013).

Sobre la discrecionalidad del Juez, Del mismo citado artículo 590, del Código General del Proceso, se desprende el poder discrecional del Juez, cuando expresa, “Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma” (Congreso de la República, 2012).

Entonces, la discrecionalidad del juez está ligado a la obligación interpretativa, en materia probatoria, que la doctrina la centrado en tres principales sistemas; Según Cuello Iriarte (2007), el primer sistema es el de la íntima convicción o la certeza moral por parte del juez, como segundo sistema encontramos, la tarifa legal y como último sistema, está la sana crítica, (Cuello Iriarte, 2007).

La Corte Constitucional ha reconocido las reglas de la sana crítica, como una categoría intermedia que no debe ser tan rígida entre la tarifa legal y la libreconvicción, siendo esta el resultado o fórmula para regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba (Corte Constitucional, 1998).

CAPÍTULO 3. LA SOLICITUD Y LA IMPLEMENTACIÓN ADECUADA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS REQUIEREN APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y CONLLEVAN EL EJERCICIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

3.1. La Solicitud Adecuada De Las Medidas Cautelares Innominadas Requiere Apariencia Del Buen Derecho

El Juez, dentro del desarrollo de su función judicial, tiene un deber constitucional de dar una respuesta en derecho, a cada caso, dentro de los plazos legales y obedeciendo a las ritualidades procedimentales, con prevalencia del derecho sustancial. Como de nada sirve un fallo favorable, si la garantía del litigio desaparece durante el proceso, ya sea por la demora judicial, o por la insolvencia del demandado, el Juez debe garantizar o asegurar su cumplimiento, atendiendo este riesgo desde antes del fallo, con los mecanismos cautelares, incluyendo los innominados.

Como lo señala Trujillo (2014), cuando señala que los requisitos procesales para la solicitud de dichas medidas son dos; que se haga desde la presentación de la demanda y que se haga a petición de parte (p.178).

Cuando se trate de aquellos procesos declarativos, donde proceden las medidas cautelares innominadas y que no se encuentran establecidas taxativamente en la ley; la petición cautelar, debe contener algunos requisitos de forma y fondo para que estas puedan estructurarse.

Según Guzmán Bejarano (2014), los requisitos para la procedencia del decreto de medidas cautelares innominadas Por parte del demandante cautelante, son:

- Presentación de demanda, con su admisión posterior
- Legitimación de las partes, demandante y demandada.
- Petición de parte, porque estas siempre son rogadas.
- Exposición de las situaciones fácticas,
- Aporte de pruebas sumarias de la existencia verosímil del derecho (Guzmán Bejarano, 2014).

De lo dicho se desprende, que la labor del abogado en representación del demandante es estructurar la solicitud, cumpliendo las ritualidades de forma y fondo, sustanciando la petición

arrimando la pruebas que permita al juez hacerse un juicio de probabilidad del derecho, de la necesidad y peligro de mora.

3.2. La Adecuada Implementación De Las Medidas Cautelares Innominadas Garantizan La Tutela Judicial Efectiva

En el diseño de las medidas innominadas, el funcionario judicial, debe observar, lo pedido en cautela, para crear y adoptar la medida, más ajustada al caso, sin perder de vista la proporcionalidad, entre lo que se pretende en la demanda y lo que se busca con la medida, es decir, debe procurar proteger los derechos sustanciales del accionante, además debe gravar en exceso al demandado.

Al respecto, Forero Silva, enfocó su estudio sobre el tema, en que tanto la solicitud como el decreto de las medidas cautelares innominadas deben ser pretenciones razonadas, es decir, que esta sea proporcionada al derecho que se busca proteger y que no resulte exagerada y el Juez deberá ponderar la solicitada frente al riesgo de mora y efectividad de los fallos para su decreto (2018).

Por parte del Jue(Cuello Iriarte, 2007).

z, al decretar una medida cautelar, debe observar ciertos parámetros, como primer eslabón, la apariencia provisional del buen derecho, la creencia racional de lo pretendido, cumpliendo con:

- Que lo pedido, en sede cautelar sea razonable
- Que para su decreto se evidencie la apariencia de buen derecho,
- Que el Juez observe la necesidad de la medida,
- Que el Juez avizore la efectividad del buen derecho,
- Que la medida solicitada guarde proporcionalidad, con el perjuicio de la mora o la inefectividad del fallo, para lo cual el juez, facultativamente podrá decretar una diferente o una menos gravosa, al igual que puede delimitar su duración (Forero Silva, 2018).

CONCLUSIONES

Se puede concluir que el Estado tiene la obligación de administrar justicia, y que los individuos tienen derecho a acceder a esa justicia (Tutela judicial efectiva).

El proceso de cautelares se caracteriza por ser instrumental, accesorio y provisional. Cuando se implementa dentro de un proceso, se plega a la pretensión de la demanda, con apariencia de buen derecho, sin ser el fin mismo de lo pretendido en la demanda y nace dentro del trámite procesal, perdurando hasta que se ordene su cancelación, de manera independiente a la sentencia.

Las medidas cautelares innominadas, tienen por objetivo ampliar las garantías del buen derecho y la tutela judicial efectiva, al igual que aumenta las posibilidades cautelares. Las posibilidades cautelares que implican las medidas innominadas, representan un sin número de opciones, que a la postre, significan una mayor y más adecuada protección de los derechos sustanciales, guardando una amplia relación de dependencia con lo que se demanda.

En sede cautelar, ni la celeridad o el carácter provisiona de la medida, significa certeza de la pretensión principal de la demanda, si bien exige apariencia del buen derecho, no es la misma certeza que debe concluir el juez en la emisión de la propia sentencia.

El tiempo que se tarda el desarrollo del proceso desde la presentación de la demanda hasta que se emite el fallo final, se evacúan diferentes etapas procesales, en las que se desarrollan hechos procesales, depuraciones de saneamiento y producen situaciones que conllevan tiempo que pueden imposibilitar el cumplimiento de la sentencia o que cuando esta se produzca, se tornen inoperante.

REFERENCIAS

Constitución Política. (1991). Colombia.

Bolivar Mesa, M. A. (2018). Las medidas cautelares innominadas y su relación con el principio de la legalidad. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.

Calamandrei. (1984). *Providencias Cautelares*. Buenos Aires: Editorial bibliográfica.

Calamandrei. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las providencias*. Lima: Ara editores.

Calamandrei. (2018). *Introducción al estudio sistémico de las providencias cautelares*. Olejnik.

Congreso de la República. (26 de mayo de 1873). Ley 84. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Colombia.

Congreso de la República. (15 de enero de 1996). Ley 256. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Colombia.

Congreso de la República. (7 de marzo de 1996). Ley 270. Estatutaria de la Administración de Justicia. Colombia.

Congreso de la República. (5 de agosto de 1998). Ley 472. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Colombia.

Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Ley 1437. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Colombia.

Congreso de la República. (2012). Ley 1564. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogota D.C., Colombia.

Corte Constitucional. (2 de febrero de 1995). Sentencia C-029. Colombia: M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. (4 de noviembre de 1998). Sentencia C-622. M.P. Dr. Fabio Moron Diaz.

Corte

Constitucional. (18 de noviembre de 1999). Sentencia C-925/99. M.P: Dr, Vladimiro Naranjo Mesa.

- Corte Constitucional. (4 de mayo de 2000). Sentencia C-490/00. Colombia: M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (27 de abril de 2004). Sentencia C 379/04. MP: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (27 de enero de 2004). Sentencia C-039/04. MP: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (18 de febrero de 2004). Sentencia T-134. MP: Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (03 de abril de 2009). Sentencia T-264. Colombia: M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. (19 de abril de 2010). Sentencia T- 268/10. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. (1 de febrero de 2012). Sentencia 030. Colombia.
- Corte Constitucional. (20 de noviembre de 2013). Sentencia C-835. Colombia: M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional. (16 de mayo de 2013). Sentencia T-283. Colombia: M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Suprema de Justicia. (20 de agosto de 2015). Sentencia STC9645. Colombia: M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.
- Cuello Iriarte, G. (2007). *La sana crítica sistema de valoración de la prueba judicial*. Bogotá: Pontificia universidad Javeriana.
- Enciclopedia jurídica. (2020). *Técnica jurídica*.
- Florez, I. (1995). *La técnica jurídica en la aplicación del derecho*. Mexico: Revista de la Facultad de Derecho de México.
- Forero Silva, J. (2018). *Medidas cautelares en el código general del proceso*. Bogotá: Temis.
- Guzmán Bejarano, R. (2014). *Coexistencia de medidas cautelares*. Bogotá, Colombia: Ambito jurídico.
- Jimenez Martinez, J. (2015). *La medida cautelar innomada*. Bogotá: Leyer.
- Olano, H. A. (2005). *Interpretación y dogmática constitucional*. Bogotá, Colombia: Ediciones doctrina y ley ltda.
- Ortiz Castro, C. J. (2020). *El principio de razonabilidad y sus efectos en la simplicidad administrativa del derecho de la propiedad en la Municipalidad del distrito Chorrillos*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Parra Quijano, J. (2013). *Congreso de derecho procesal*.

- República de Colombia. (27 de marzo de 1971). Decreto 410. Por el cual se expide el Código de Comercio. Colombia.
- República de Colombia. (19 de noviembre de 1991). Ley 2591. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Colombia.
- Rey Cantor, E., & Rey Anaya, A. M. (2010). Medidas cautelares y medidas provisionales ante la comisión y la corte interamericana de derechos humanos. *Revista jurídica*, 14, 127-193.
- Rojas Gómez, M. E. (2017). Lecciones de derecho procesal. En *Procedimiento Civil* (6ta edición ed., págs. 575-576). Esaju.
- Sandoval Gutierrez, J. F. (diciembre de 2020). Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y su capacidad de afectación a los consumidores. *Vniversitas*, 69.
- Santaella Quintero, H. (2008). *Normas técnicas y derecho en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Villamil Portilla, E. (1999). *Teoría Constitucional del Proceso*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Villota Narvaéz, H. D., & Escobar Argoty, J. A. (Junio de 2017). Requisitos jurídicos para decretar medidas cautelares innominadas con la vigencia del código general del proceso. *Revista Investigium Ire: Ciencias Sociales y Humanas*, 63-77.