

**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 JURIDICA**

Autor

JORGE ORLANDO CADENA PATERNINA

Asesora

MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

MEDELLÍN

2021

TABLA DE CONTENIDO

1. 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 JURIDICA.....	6
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	14
3. MARCO TEÓRICO	15
CAPITULO I. CRITERIOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	15
1.1 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN GENERAL	15
1.1.1 <i>Origen, concepto y naturaleza de las medidas cautelares.....</i>	15
1.1.2 <i>Características de las medidas cautelares.....</i>	22
1.1.3 <i>Las medidas cautelares en el derecho comparado</i>	27
1.1.4 <i>Tipos y clasificación de las medidas cautelares</i>	33
1.2 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CPACA	34
1.2.1 <i>Las medidas cautelares innominadas o atípicas en el CPACA</i>	41
1.2.2 <i>Procedimiento para la adopción de medidas cautelares en el CPACA</i>	49

1.2.3 <i>Levantamiento, modificación, revocatoria e incumplimiento de la medida cautelar en el CPACA</i>	51
1.2.4 <i>Medidas cautelares de urgencia en el CPACA</i>	53
1.2.5 <i>Cuadro de criterios normativos para la aplicación de las medidas cautelares innominadas en el proceso administrativo.</i>	57
1.3 LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DESDE LA JURISPRUDENCIA	61
1.3.1 <i>En la jurisprudencia de la Corte Constitucional</i>	61
1.3.2 <i>En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia</i>	64
1.3.3 <i>En la jurisprudencia del Consejo de Estado</i>	66
1.3.4 <i>Cuadro de criterios jurisprudenciales para la aplicación de las medidas cautelares innominadas en el proceso administrativo.</i>	74
CAPÍTULO II. LA SEGURIDAD JURIDICA EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	78
2.1 CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA.	78
2.1.1 <i>Características y exigencias de la seguridad jurídica</i>	85
2.1.2 <i>La seguridad jurídica y su alcance a nivel internacional</i>	89
2.2 LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL.....	94
2.3 LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTEXTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	96
CAPÍTULO III. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU APLICACIÓN A LOS CRITERIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DEL CÓDIGO	

DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO	107
3.1 CONCEPTO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	107
3.1.1 <i>Tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico nacional.</i>	115
<i>Cronología del concepto de tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte</i>	
<i>Constitucional</i>	119
3.1.2 <i>Derecho acceder a los tribunales de justicia.</i>	124
3.1.3 <i>Derecho a obtener una resolución motivada</i>	126
3.1.4 <i>Derecho a la Ejecución de la sentencia.</i>	127
3.1.5 <i>El carácter de derecho fundamental de la tutela judicial efectiva</i>	131
3.2 LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU RELACIÓN CON LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS	
CAUTELARES	133
3.2.1. <i>Medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011 y la tutela judicial efectiva.</i>	138
3.3 DELIMITACIÓN DE LOS CRITERIOS DESDE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	144
4. OBJETIVOS.....	147
4.1 <i>Objetivo general</i>	147
4.2 <i>Objetivos específicos</i>	147
5. PROPÓSITO	148
6. HIPÓTESIS	148
7. METODOLOGÍA	149
7.1 TIPO DE ESTUDIO	149

7.2 POBLACIÓN Y MUESTRA	150
7.2.1. Población	150
7.3 DISEÑO DE PLAN DE DATOS	150
7.3.1 Gestión del Dato	150
7.3.2 Obtención del dato	151
7.3.3 Recolección del dato	152
7.3.4 Plan de Análisis	153
7.3.5 Procesamiento del dato.....	155
8. RESULTADOS.....	155
9. CONCLUSIONES.....	169
10. RECOMENDACIONES.....	172
11. ÉTICA	175
12. BIBLIOGRAFÍA.....	175

**1. DELIMITACIÓN DE LOS CRITERIOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES
PARA LA APLICACIÓN EFICAZ DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS
EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DESDE LA TUTELA JUDICIAL
EFECTIVA Y LA SEGURIDAD JURIDICA**

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De acuerdo con el artículo primero de nuestra Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho, algo que de conformidad con la Corte Constitucional en sentencia T-406 del año 1992, implica que tiene dos características o factores distintivos, el primero, corresponde que el fin esencial del Estado en sí mismo es propender por la realización de los derechos de las personas que integran el territorio nacional y, segundo, es que el Estado no solamente debe encaminarse a este fin, sino que debe garantizar e implementar mecanismos efectivos de protección de dichos derechos. Es así, como la sentencia citada señala que el Estado Social de Derecho se puede ver desde dos dimensiones:

En primer lugar, su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación (Sentencia T- 406 de 1992). Lo anterior tiene un alcance amplio y supone que el Estado tiene el deber de

garantizar los derechos de carácter fundamental de los habitantes de nuestro territorio.

De esta manera, uno de los derechos fundamentales más importantes es el libre acceso a la administración de justicia, pues de él se desprende la posibilidad de hacer exigibles todos los demás derechos otorgados por las normas sustanciales y procesales ante la jurisdicción, es decir, materializar ese alcance amplio que el Estado debe garantizar, sin esta garantía judicial sería inocuo entonces contar con derechos y principios consagrados en normas constitucionales sin una aplicación real sobre los habitantes del territorio.

De hecho, es allí donde está una de las aristas del Estado y la razón de su existencia, la cual consiste en facilitar los medios para implementar el derecho a la administración de justicia y que no se apliquen vías de auto-tutela, es decir, que los habitantes del territorio colombiano no tomen por sus propias manos medidas de justicia. Es importante resaltar que este derecho de libre acceso a la administración de justicia, consignado en nuestra Constitución en el artículo 229 y preceptúa que: “*se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia*”¹.

El hecho de acceder a la administración de justicia no implica *per se* el fallo favorable de toda pretensión que aspire el accionante, toda vez que este derecho implica la materialización de otros principios como el debido proceso, de esta manera se presenta la contienda entre dos o más sujetos procesales con el fin que el tercero supra ordenado (juez natural) determine a quien le corresponde el derecho.

El derecho de acción no consiste simplemente en contar con acceso a la administración de justicia o al Estado Juez, sino la existencia de ciertas medidas que resguarden el cumplimiento efectivo del eventual fallo jurisdiccional o que protejan el fin mismo del proceso, esto en la doctrina se ha denominado como Tutela Judicial Efectiva. Para poder garantizar este derecho

¹ Constitución Política, 1991, artículo 229.

fundamental, los jueces cuentan con las facultades coercitivas, entre ellas, la de decretar medidas cautelares, estas proceden antes, durante y al finalizar el proceso que se adelante ante cualquier jurisdicción, pero en especial ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en los siguientes términos:

Antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento²

La doctrina ha determinado que la definición de medida cautelar debe ser analizada teleológicamente, es decir, que más que encontrar una definición es conocer y verificar el fin al que se hace referencia con estas, tal como hace referencia Gil Aguirre (2016) al decir que:

El concepto de las medidas cautelares desde el punto de vista doctrinal es muy amplio, pero a partir de los diferentes significados que se han dado a estas es posible definir las como un mecanismo de protección de los derechos humanos y los derechos fundamentales a nivel nacional e internacional. La doctrina ha señalado que para dar una definición de medidas cautelares se ha de indagar en su finalidad; así, según comenta *González Chévez*, tanto *Calamandrei* como *Carnelutti* coinciden en señalar que la definición de las medidas cautelares, sin salirse del campo procesal, ha de buscarse, más que a partir de un criterio ontológico, a partir de un criterio teleológico; esto es, no atendiendo a la cualidad

² Congreso de la República, Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 229

(declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino al fin al que sus efectos están preordenados; entonces, la definición de medidas cautelares está íntimamente ligada con la finalidad que persiguen. (pág. 59)

Al interpretar lo dicho con anterioridad, se puede colegir que las medidas cautelares se presentan de acuerdo a la situación concreta, es decir que, el operador jurídico puede ordenar que; se mantenga una situación o que la misma se restablezca al estado en que se encontraba antes de los supuestos facticos objeto del proceso; suspender un procedimiento o actuación administrativa; suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; ordenar la adopción de una obligación de hacer o no hacer como la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos³.

En este orden ideas, se puede sostener que, cuando una persona asiste a la jurisdicción a solicitar el amparo de sus derechos tiene dos pretensiones lógicas consecuenciales: en primer lugar, que se protejan sus derechos de carácter sustancial y, segundo; que de forma consecuencial se brinde una Tutela Judicial Efectiva, es decir que una vez que exista una providencia jurisdiccional la cual resguarde esos derechos sustanciales se pueda hacer efectivo tal fallo en la práctica.

El legislador colombiano en búsqueda de un derecho procesal contemporáneo y de avanzada, en sus últimas reformas procesales (2011⁴ – 2012⁵) ha buscado implementar un sistema de protección cautelar suficiente y necesario para la Tutela Jurídica Efectiva, en razón, que la sola protección inicial o consecuente a un fallo, no eran eficaces. La realidad procesal actual, dado el dinamismo de la sociedad, implica una intervención del tercero supra ordenado, inclusive antes del ejercicio real y efectivo del derecho de acción, siendo así entonces que cualquier sistema

³ *Ibíd*em, Artículo 230

⁴ Ley 1437 de 2011

⁵ Ley 1564 de 2012

taxativo de protección se ve inútil.

En la normativa anterior, en materia de medidas cautelares, el Decreto 01 de 1984 solamente contemplaba la suspensión provisional de los actos administrativos. En dicha norma se le permitía al Consejo de Estado y a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa suspender los actos administrativos de forma provisional como medida cautelar, cuando antes de ser admitida la demanda el solicitante sustentara de modo expreso las razones por las cuales consideraba necesaria la suspensión y en ciertos casos se hacía necesario demostrar, aunque fuese sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causaba o podía causar al actor⁶.

En consecuencia, las acciones del juez para garantizar el principio de tutela jurisdiccional efectiva eran limitadas; en el entendido en que este código no contaba con otros mecanismos eficaces que brindarán al proceso seguridad jurídica, en otras palabras, medios para dar cumplimiento del fallo y que no fuese una simple providencia ilusoria que se limitara a lo establecido en la sentencia judicial.

A pesar de que la legislación colombiana no contiene de forma expresa una definición de lo que es una cautela, se puede encontrar en la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares de 1979, en su artículo primero, lo siguiente:

Para los efectos de esta Convención las expresiones "medidas cautelares" o "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil. Los Estados parte

⁶ Decreto 01 de 1984, Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo, título XVII, artículo 152.

podrán declarar que limitan esta Convención solamente a alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ella⁷.

De la lectura de la normativa internacional se desprenden unas directrices encaminadas a un fin. De esta manera es que los jueces contencioso-administrativos tienen la potestad o facultad para realizar y usar las diferentes medidas que otorga el ordenamiento jurídico para asegurarse que el resultado del fallo pueda ser cumplido una vez dictada la sentencia.

Sin embargo, las mencionadas medidas cautelares innominadas parecen ser poco solicitadas por las partes del proceso y de esta manera es difícil que logren ser implementadas por los jueces; solo a modo de ejemplo, se trae el estudio realizado en 17 juzgados civiles del circuito y 30 juzgados civiles municipales de Medellín, así como 16 juzgados administrativos, donde consta que, de estos 63 juzgados, solo en un juzgado civil del circuito se llevó a cabo una solicitud de medida cautelar de carácter innominada y sin embargo, la misma fue denegada por el operador jurídico (Garzón Correa & García Zapata, 2013, pág. 74). A pesar de que no existen otros estudios de campo en los que se demuestre la poca usanza de este tipo de medidas cautelares innominadas, llama mucho la atención que en el único estudio realizado sobre la materia ninguna medida cautelar innominada se hubiese aplicado de manera efectiva.

Vale la pena aclarar que en materia Contenciosa Administrativa se incorporan nuevas medidas cautelares en los procesos declarativos solo con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) en el año 2012. A partir de lo anterior, se puede considerar que el estudio acerca de la delimitación de los criterios para la aplicación efectiva de estas medidas, permite ayudar a la comunidad estudiosa del derecho procesal, esto en pro de lograr que las decisiones lleguen a cumplirse de forma eficaz. Si

⁷ Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares, Montevideo, Uruguay, 1979, artículo 1.

bien la Ley 1437 de 2011 señala cuándo es procedente presentar la solicitud de medida cautelar y allí se enumeran algunas de las medidas que pueden ser solicitadas, no menos cierto es que se abre un espacio amplio y sin límites taxativos al accionante para realizar solicitudes al juez de medidas cautelares diferentes a las enunciadas en la norma, con el fin de ejercer la guarda de sus derechos cuando bien lo necesite.

De acuerdo con lo proclamado con la Ley mencionada, las medidas cautelares deberán tener una relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda y las mismas se clasifican en preventivas⁸, conservativas⁹, anticipativas¹⁰ o de suspensión¹¹ y que es posible solicitar medidas cautelares que no están consagradas de forma expresa en la norma, debido a que esta no determina una lista taxativa.

Como se ha referido en las líneas anteriores, el artículo 230 del CPACA contiene una lista (no taxativa) de las medidas que puede adoptar el juez o magistrado, otorgando posibilidades creadas con anterioridad y funcionales, que no excluyen nuevas creaciones.

Las facultades que se le otorgan al juez en el artículo mencionado previamente generan un alcance amplio al Juez para que ordene, a solicitud de parte, a cualquiera de las partes, medidas que pueden ir más allá de una simple suspensión de un acto, por lo que le compete al funcionario judicial determinar para cada caso específico la medida a tomar para asegurar que al final del

⁸ Ha sido definida como aquella que busca evitar la producción o aumento de un daño causado por la administración pública en el giro de la actuación estatal. Ocampo Acevedo, Rodríguez Rico, Vinasco Vera, & Toro Toro, 2012, pág. 23

⁹ Son aquellas que buscan mantener el statu quo, y el equilibrio procesal previo a la decisión administrativa o a la acción u omisión de la Administración, con el fin de evitar que se vuelva irreversible la situación, o que no sea posible, volver las cosas al estado anterior y por tanto lo único posible sea la indemnización de perjuicios. (ibídem, pág. 24)

¹⁰ Se ha dicho por cierto sector de la doctrina, que esta es una gran novedad, ya que, por decirlo así, una medida de estas características, permiten al juez anticiparse al derecho deprecado como pretensión principal, todo por medio de una providencia que decreta la aplicación de la cautela antes proferir sentencia de fondo. (ibídem, pág. 24)

¹¹ Son las que permiten suspender todo tipo de procedimiento o actuación administrativa. Esta clase de medidas cautelares es posible decretarlas cuando está en curso una actuación administrativa en la que se va a producir una decisión definitiva. (ibídem, pág. 24)

proceso se cumpla la providencia. El Consejo de Estado en sentencia de mayo 13 de 2015 manifestó que:

El código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica. Lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”. (Sentencia 11001-03-26-000-2015-00022-0053057, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa)

En la providencia, así como en el artículo 229 del CPACA, pareciera darse a entender que el juez cuenta con un espacio de discrecionalidad para adoptar las medidas cautelares, así como para modular sus efectos en cada caso concreto.

Es por esta razón, que se encontró la necesidad de conocer cuáles son los criterios normativos y jurisprudenciales para la aplicación eficaz de las medidas cautelares innominadas en el procedimiento administrativo desde la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. Máxime cuando con esta normativa también se trae la figura de la medida cautelar de urgencia, consagrada en el artículo 234, a través de la cual se puede llegar a adoptar una medida cautelar, cualquiera sea su naturaleza, sin cumplir el trámite establecido en el artículo 233 del CPACA, señala la norma lo

siguiente:

Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.¹²

2.1 Formulación del problema

¿Cuáles son 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?

¹² Congreso de la Republica, Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 234

3. MARCO TEÓRICO

CAPITULO I. CRITERIOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL CÓDIGO DE PROCESO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Este capítulo tiene como finalidad el estudio de las medidas cautelares innominadas en el ámbito jurídico colombiano, en especial en los procesos contenciosos administrativos, realizando una exploración normativa en el CPACA, así como un análisis jurisprudencial con respecto de su alcance, donde se exaltarán los criterios a tener en cuenta en la aplicación de las medidas cautelares innominadas en el proceso administrativo.

1.1 Las medidas cautelares en general

Con la finalidad de comprender mejor el estudio acerca de las medidas cautelares de carácter innominado, es de gran importancia determinar la definición general de la noción de cautela y su alcance en el mundo jurídico, su naturaleza y origen, así como los tipos y caracterización de las mismas, para luego adentrarse de manera específica en las medidas cautelares innominadas consagradas en la normativa contenciosa.

1.1.1 Origen, concepto y naturaleza de las medidas cautelares

Origen de las medidas cautelares

Para realizar un análisis histórico con respecto al origen de la medida cautelar, nos debemos

remontar hasta el derecho romano, donde según varios tratadistas se puede visualizar su origen; tal como lo ha dicho la doctrina:

“Las estipulaciones pretorias sí cumplían una función directa del interés digno de tutela o prevenían un perjuicio posible, y por ello, la *cautio*, la *misio in possessionem*, la *sequestratio* o deposito *apud sequestrem*, deben ser consideradas como el origen de las medidas cautelares del derecho moderno, incluyendo las innominadas” (Urdaneta Sandoval, 2004, pág. 63).

Por otra parte, se conoce que existen otras instituciones de las cuales también se puede derivar el origen de las cautelas, tales como la *Pignioris Capio*, en la cual se ponía a disposición del acreedor uno o varios bienes con la finalidad única de satisfacer las obligaciones en caso de que no se diera el pago de las respectivas deudas adquiridas por parte del deudor, incluso, además de usarse en las relaciones entre particulares, se aplicaba en materia tributaria y de créditos públicos. Esta figura fue evolucionando lentamente, puesto que en ese momento se vio la necesidad de crear procedimientos para llevar a cabo, de forma justa, la toma de los bienes dados en garantía; comprometiéndose el acreedor, en todo caso, a conservar el bien, puesto que este no era de su propiedad y debía restituirse, dado que simplemente se entregaba como una medida preventiva o anticipatoria de posibles perjuicios que se pudieren ocasionar por el no pago de las deudas. De esta manera lo establece Segura & Villamil (2019), cuando puntualizan que

El origen de las medidas cautelares se remonta al Derecho Romano, y aunque no se denominaban exactamente así, si tenían la misma finalidad. El primer ejemplo que se tiene acerca de estos procesos es la *Pignioris Capio*, la cual consistía en la toma de determinados bienes por parte del acreedor como garantía de que el deudor saldaría su deuda con el susodicho, era una acción lícita que permitía a los acreedores asegurar el pago por parte de

sus deudores, también era muy usada en Roma, en cuanto a los créditos públicos y los impuestos (pág. 121).

En el mismo sentido Díaz-Bautista & Blanco (2016), dejan claro que

Desde muy pronto el pragmatismo de los recaudadores comprendió que de poco servía la ejecución corporal para satisfacer los créditos tributarios, más allá del poder de coacción sobre el deudor, optando más bien por la toma de prendas del deudor para compelerle al pago. Para ello se recurrió a la *legis actio per pignoris capionem*, enigmático recurso de autotutela que permitía al acreedor de ciertos créditos de especial trascendencia pública tomar directamente un bien del deudor como prenda. Inicialmente, siguiendo a Gayo, la *pignoris capio* era lícita en garantía del pago de animales para el sacrificio a los dioses, el pago de las soldadas a los militares, y el reembolso a éstos de los gastos realizados para la adquisición y mantenimiento del caballo. Posteriormente, mediante una *lex censoriae* se extendió, en fecha indeterminada, la procedencia de este sistema a los *publicani* para garantizar el cobro de impuestos. (pág. 5)

Luego del contexto romano, debemos ubicarnos en el derecho español de los siglos XIII y XIV, en la medida en que de esa fuente beben la gran mayoría de países que fueron parte de la colonia española, entre ellos, Colombia. Con la redacción de *Las Siete Partidas*¹³ se trajo una serie de medidas, no conocidas precisamente con la denominación de medidas cautelares, ni mucho menos con el alcance jurídico con que se les conoce en nuestros días, pero en esencia, con la misma finalidad. Es así como en la tercera de las partidas de este compendio normativo se establecía, por ejemplo, que la enajenación de bienes, luego de haber hecho emplazamiento de una demanda, era nula y; en consecuencia, quien hubiere comprado dichos bienes perdería el valor pagado, salvo

¹³ Se trató de un compendio normativo redactado durante el reinado de Alfonso X en la España medieval, con la finalidad de conseguir uniformidad jurídica a lo largo y ancho del reino.

que lo hubiere hecho con desconocimiento de la demanda. Al respecto, Segura & Villamil (2019) han manifestado que

Situándonos en el contexto del Derecho Español se debe hablar acerca del Rey Alfonso, quien estableció Las Siete Partidas, donde la tercera hacía referencias a toda la normatividad de materia procesal, entre ellas; las medidas cautelares, aunque no tenían este nombre ni el desarrollo que existe actualmente. [...] Se establecía en esta Tercer partida acerca de lo que se denomina en la actualidad "secuestro de la cosa litigosa", donde se instituía que, si el demandado enajenaba el bien después del emplazamiento, la enajenación era nula, por consiguiente, el comprador perdería el precio pagado de la misma, siempre y cuando fuese ignaro de que existía una demanda. (pág. 122)

Finalmente, como parte del desarrollo y evolución que han tenido las medidas cautelares, es necesario mencionar que en el contexto histórico latinoamericano. De manera especial se debe hacer alusión al código procesal de Venezuela expedido en 1836, el cual aportó varias mejoras a la institución procesal objeto de estudio. Es de esta manera como se puede ver que dicho compendio legislativo contenía un título denominado "De las Incidencias", dentro del cual se regulaba materias importantes de corte cautelar como el secuestro judicial o las recusaciones, que más adelante servirían como fundamento o base de los que serían las medidas cautelares tal y como las conocemos actualmente. (Morales, 2010)

Concepto y naturaleza de las medidas cautelares

Desde el punto de vista de uno de los personajes más icónicos del derecho procesal, el profesor Calamandrei, las medidas cautelares pueden ser definidas como toda aquella

"anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma" (Calamandrei P. , 1996).

De esta definición podemos inferir el alcance general de lo que es una medida cautelar, sin tratarse de una definición fácil, en la medida en que, para empezar, no existe una denominación unánime; incluso se conoce a esta institución procesal con varios nombres, dependiendo de las diferentes legislaciones y ordenamientos jurídicos, tales como *medidas precautorias, medidas preventivas, medidas provisionales, cautelas, tutela anticipatoria, etc.*

La medida cautelar, entonces, puede ser definida como toda aquella acción u orden, implementada por el juez o magistrado, que tiene como única finalidad la protección del objeto del litigio, para que en caso de que se profiera una providencia favorable para el solicitante de la medida, sus efectos no sean nugatorios o ilusorios, es decir, dicha medida busca evitar que el fallo jurisdiccional no pueda plasmarse efectivamente en la realidad, sino que por el contrario, pueda ejecutarse la sentencia. Esta definición es apoyada por Palacio (1998) cuando sostiene que el procedimiento cautelar *“es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”* (pág. 773)

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos varias definiciones de esta figura, no obstante, es de resaltar la explicación que nos trae la Corte Constitucional sobre la misma, en sentencia C-379 de 2004, cuando puntualiza que las medidas cautelares son

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

(Corte Constitucional de Colombia, 2004)

En resumen, el concepto reconocido y aceptado en nuestro sistema jurídico no es otro que el de toda medida adoptada por el juez, con ocasión de un proceso en el cual se debate un objeto litigioso, sobre el cual se solicita al juzgador que implemente una orden o disponga de una acción para evitar que mientras se dicta la sentencia o fallo que resuelve el litigio, se pierda el derecho de quien solicita la medida, es decir, que le sea imposible exigir, posteriormente a una sentencia favorable, el cumplimiento de la providencia a su favor.

En cuanto a la naturaleza de las medidas cautelares, se puede encontrar su esencia, precisamente, en la Constitución Política, como norma de normas y fuente principal del ordenamiento; puesto que allí se contempla que uno de los fines esenciales del Estado colombiano es que las autoridades de las distintas ramas del poder, están instituidas para proteger los derechos fundamentales de todos los habitantes del territorio nacional, por tal razón nacen las cautelas de protección como la materialización de esos fines esenciales, tales como: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes

consagrados allí. De la misma forma, se indica que el Estado, esencialmente, busca asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo¹⁴.

Se debe procurar, entonces, encontrar la mejor forma de garantizar la salvaguarda de los derechos de los individuos, la efectividad de los principios y deberes consagrados en la constitución, partiendo en el supuesto de justicia ideal. Es así como el Estado requiere, de un sistema judicial ágil y eficaz, que permita que los fallos judiciales no sean pergaminos inoperantes para colgar en la pared. Requiere plasmar sus decisiones en la práctica y que estas se puedan ser efectivas, garantizando un verdadero acceso a la justicia.

El legislador en su sabio y prudente juicio decidió implementar en el sistema jurídico colombiano, la figura de la medida cautelar (conocida igualmente como medida precautoria, medida provisional, tutela anticipatoria, tutela preventiva o simplemente como cautela) con el propósito de que los fallos proferidos por los jueces pudieran ser exigibles en la *praxis*, debido a que la demora de los procesos judiciales puede ocasionar daños, que en algunos casos pueden ser irreparables, con respecto de la efectividad material de la providencia. Esto anterior encuentra un mayor sustento en estudios como el que se llevó a cabo por la Corporación Excelencia en la Justicia, de la mano de la Rama Judicial, en el que se realizó un análisis de los tiempos judiciales y en el cual se llegó a la conclusión de que en algunas regiones del país los procesos contencioso administrativos únicamente en primera instancia, dependiendo del medio de control, pueden llegar a ser resueltos en un promedio de tres años, sin contar los términos de la segunda instancia que se hacen, inclusive, aún más extensos, ni los recursos extraordinarios, en aquellos casos en los que fueren procedentes (Corporación Excelencia en la Justicia & Rama Judicial, 2016).

El ordenamiento jurídico colombiano prevé la posibilidad que tienen las partes de solicitar

¹⁴ Constitución Política Colombiana, 1991, artículo 2°

al juez o magistrado implementar medidas cautelares, es decir, mecanismos que tienen como fin garantizar la protección e integralidad de un derecho, una vez se ejercita de forma oportuna el derecho de acción ante la jurisdicción. Respecto de ello, Suárez & Vallejo (2017) resaltan que

La naturaleza de las medidas cautelares es la de asegurar los resultados del juicio, en prevención de un perjuicio irreparable en la definitiva del juicio, y son de cumplimiento obligatorio para el juez toda vez que se encuentren acreditados ambos supuestos de manera concurrente.[...] Se da la necesidad de que la jurisdicción le asegure a las partes que sus decisiones se puedan ejecutar, siendo este uno de los elementos más valiosos de la tutela judicial efectiva y que excede el marco de las garantías procesales que se deducen del debido proceso, del derecho a la defensa y del acceso a la justicia, pues el legislador debe establecer instituciones con la posibilidad de que el juez pueda realmente ejecutar su sentencia. Una de las variables más importantes de las cuales depende la ejecución de la sentencia son las medidas cautelares. (pág. 143)

1.1.2 Características de las medidas cautelares

Es posible establecer algunas características que son generales a todas las medidas cautelares y que permiten entender, de una mejor manera, esta institución jurídica, su esencia y su alcance. De acuerdo con varios autores, se encuentra que son comunes a las medidas precautorias, las características de instrumentalidad, provisionalidad, urgencia o perentoriedad, jurisdiccionalidad¹⁵, entre otras peculiaridades o rasgos propios de las cautelares, que serán analizados en el presente aparte.

¹⁵ Para un mayor estudio, consultar en Teso Gamella, P. (2007). Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa (1° ed.). Tirant lo Blanch, Págs 21-25.

La instrumentalidad

La instrumentalidad de las medidas cautelares se deriva de su carácter dependiente del proceso, es decir, son medidas adoptadas en el marco de un proceso jurisdiccional, las cuales no constituyen una finalidad sino una herramienta accesoria al proceso, que tienen como propósito garantizar un efectivo resultado y la materialización de la providencia judicial, en consonancia con el principio de tutela judicial efectiva.

Las medidas cautelares son un simple instrumento que asegura, de forma preventiva, el objeto en litigio. Este tipo de medidas se encuentran subordinadas a las pretensiones y al tiempo que dure el proceso, en el sentido en que la medida se adopta teniendo en cuenta que el tiempo de resolución del litigio puede llegar a afectar el objeto mismo de las pretensiones, por lo que, para que en realidad se pueda llegar a plasmar la decisión que favorezca las pretensiones del accionante, se debe asegurar la eventual resolución de fondo. La característica descrita con anterioridad se hace evidente en la normativa colombiana, cuando el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que las medidas cautelares “deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda”, lo cual permite inferir que las medidas cautelares se subordinan al proceso.

Es por su instrumentalidad que las medidas cautelares son susceptibles de ser modificadas o levantadas a lo largo del proceso, es decir, tienen carácter de *mutables*, teniendo en consideración que pueden variar las circunstancias fácticas o jurídicas que dieron origen a su decreto o adopción. En un mismo entendimiento, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado sobre este asunto y ha puntualizado que las medidas precautorias pueden ser modificadas o suprimidas por petición del beneficiado o por la implementación de otra contragarantía por parte del sujeto afectado con la medida y, evidentemente, pueden variar o desaparecer cuando el derecho en

discusión no se materializa. En todo caso, según la Corte, se deben mantener las cautelas mientras persistan las situaciones de hecho o de derecho que dieron lugar a su expedición. (Sentencia C-523, 2009, pág. 3). Esto anterior también encuentra sustento, de acuerdo con Pérez (2005), en el hecho de que

La instrumentalidad significa que la medida cautelar tiene una sola finalidad: asegurar la efectividad de un proceso principal. Es decir, no podemos entender esta institución sino es en relación al proceso asegurado. Este hecho se explica en la constatación de que a través de estas medidas no vamos a actuar el derecho en el caso concreto, sino asegurar que se pueda realizar en su momento. (pág. 162)

En un mismo entendimiento, el profesor Calamandrei advierte que las medidas cautelares, al hallarse sometidas a una decisión posterior que resuelve el fondo del asunto, carecen de una finalidad propia, es decir, no tienen carácter de independientes, por lo que se entiende que de ello se deriva su instrumentalidad, así como la característica de provisionalidad que se abordará más adelante (Calamandrei P. , 1996, pág. 40).

La provisionalidad

Las medidas cautelares no están llamadas a tener una vocación de permanencia, sino que, por el contrario, están llamadas a cesar sus efectos cuando desaparecen, igualmente, las circunstancias de hecho o de derecho que sirvieron de fundamento para su implementación o cuando finaliza el proceso jurisdiccional. Su provisionalidad es un efecto directo de su propia finalidad: hacer que la decisión tomada por el juez o magistrado no tenga efectos nugatorios, por tanto, una vez se tome la decisión que resuelva el litigio y efectivamente se materialice la

providencia, no se será necesario que persistan las medidas cautelares que fueron adoptadas. Esta característica la describe claramente Pérez (2005) cuando asegura que

“[L]as medidas cautelares son provisionales porque surgen para dar respuesta a una situación de interinidad, hasta tanto se adopte una resolución definitiva en el proceso. La vida de las medidas cautelares no puede exceder a la del proceso principal. Concebidas, por tanto, para asegurar el resultado del proceso, su vigencia temporal termina con la de aquel. Su duración ha de ser por un tiempo limitado, que bien puede ser indeterminado, pero nunca ilimitado, pues no pueden considerarse definitivas. Su carácter provisional es esencial a su naturaleza. Esta provisionalidad comporta que “las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta ley” (pág. 91)

La jurisdiccionalidad

Esta característica de las medidas cautelares se remite al escenario en el cual estas son adoptadas, el cual no es otro que dentro del marco del proceso jurisdiccional. Esto es, son jurisdiccionales porque las adopta un órgano jurisdiccional, con la finalidad de asegurar el objeto litigioso. Se trata de medidas que solo pueden llegar a ser decretadas como resultado de los poderes que brinda la jurisdicción, no solamente bajo la figura del juez, sino también a través de los árbitros y tribunales de arbitramento, los cuales gozan de esta potestad. Esto anterior, permite colegir que un particular no podrá de manera unilateral decretar una medida cautelar en su favor y en detrimento de la contraparte, puesto que se perdería la naturaleza de la jurisdicción, en la que un tercero imparcial, hetero compuesto, es el que debe resolver el asunto llevado a su conocimiento.

Estos postulados encuentran fundamento en las normas que regulan las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico colombiano y, en especial, en la normativa contenciosa. Es de esta forma que se encuentra en el artículo 229 de la ley 1437 de 2011 que señala que las medidas cautelares se aplicarán a “todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción” y en un mismo tenor, el artículo 590 de la ley 1564 de 2012 establece que, desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las medidas cautelares pertinentes para proteger el objeto del litigio.

La perentoriedad

Es una característica propia de las medidas cautelares debido a que la naturaleza de las medidas cautelares se remite, como se dijo con anterioridad, al hecho de que los fallos proferidos por los jueces puedan ser exigibles, considerando que la demora de los procesos judiciales puede ocasionar daños, que en algunos casos pueden ser irreparables, con respecto de la efectividad material de la providencia. Es por esto que se hace necesario adoptar medidas jurídicas, de manera rápida o urgente, para que no se pierda el derecho o se dañe el objeto litigioso antes de proferir una decisión definitiva por parte del juzgador. La duración del proceso jurisdiccional no puede hacer inútil o impedir la ejecución de las decisiones proferidas por los jueces. Por esta razón se requiere implementar la institución cautelar, sin demoras que puedan llegar a afectar el resultado final, asegurando que la decisión pueda ser cumplida de manera efectiva.

Cabe resaltar, igualmente, que en materia contencioso-administrativa cuando se trata de casos en los que se discute acerca de la nulidad de un acto administrativo, se presenta un fenómeno propio de los actos de la administración, el cual se conoce como *ejecutoriedad*. Este atributo de los actos administrativos es una prerrogativa pública que le permite a la administración ejecutar el

contenido de sus actos, sin necesidad de acudir a autoridades jurisdiccionales. El artículo 89 de la ley 1437 se refiere a esta característica en los siguientes términos:

“Artículo 89. Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.”

Es por este motivo que, en especial en este tipo de procesos, resulta primordial hacer un uso inmediato de las medidas cautelares, pues los actos administrativos gozan de eficacia desde el momento en que quedan en firme, por lo que la autoridad podría hacerlos cumplir de manera inmediata, incluso antes de que el juzgador determine si existe o no una nulidad de este. Se hace necesario y urgente, en este sentido, adoptar medidas cautelares para evitar que se aplique un acto administrativo que eventualmente podría ser declarado nulo.

1.1.3 Las medidas cautelares en el derecho comparado

En los diferentes ordenamientos jurídicos ha sido común la implementación de la institución jurídica cautelar, pues todos han atendido a la preocupación de asegurar el resultado del proceso y la materialización de la decisión. Con relación a esto, Berizonce (2010) ha entendido que:

El derecho comparado exhibe con nitidez el fenómeno de la expansión de las clásicas medidas cautelares y su transmutación como verdaderas tutelas urgentes, anticipatorias y satisfactivas. Se vislumbra la superación y desborde de los límites tradicionales que

encorsetan a las cautelares, y la paralela admisión de novedosas, o si se quiere, expandidas tutelas para materializar la temprana satisfacción, en todo o en parte, del derecho sustancial que se invoca y aparece revestido de fuerza convictiva bastante. Una línea de tendencia que se espeja en los ordenamientos más recientes. (pág. 418)

Este tipo de medidas precautorias es constante en la mayoría de los sistemas jurídicos, incluso entre países cuya historia y cultura difieren totalmente de los modelos occidentales; tal es el caso del Japón, cuyos esquemas en cuanto a medidas cautelares comportan ciertas similitudes con los modelos europeos continentales. No obstante, se analizará principalmente, con la finalidad de no escapar del objeto de estudio, y teniendo en cuenta que los mayores referentes en derecho para Colombia tienen este origen, los modelos europeos de tutela cautelar.

Es importante recordar que en este apartado se realizará un análisis general de las medidas cautelares implementadas en otros países, y de ser posible, profundizar en la aplicación de las medidas cautelares de orden innominado en tales ordenamientos jurídicos, dado que las medidas innominadas en el procedimiento contencioso administrativo son uno de los ejes principales de la presente investigación, las cuales, además de ser una herramienta innovadora, puesto que aparece es en virtud de la ley 1437 de 2011; también se ha dicho que son figuras jurídicas de poca aplicación en la práctica (Garzón Correa & García Zapata, 2013, págs. 74-75); es por este motivo que es de vital importancia realizar un estudio sobre su desarrollo en el derecho comparado.

Francia

En el sistema normativo francés, dentro del marco del proceso administrativo, existen los *procédures de référé*, los cuales han sido definidos por el Consejo de Estado francés como

aquellos procedimientos en los que se le puede solicitar al *juge des référés* (el cual es un juez que se encarga solamente de este tipo de procedimientos) que ordene medidas provisionales tendientes a preservar urgentemente los derechos de los solicitantes. Dentro de los procedimientos aplicables, se encuentra la figura del *référé-suspension*, la cual se utiliza para obtener la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa (por ejemplo, un permiso de construcción, la denegación de un permiso de residencia u otro acto administrativo, etc.).

La medida de suspensión dictada por el *juge des référés* es temporal y deja de tener efecto una vez que el juez se pronuncia sobre la solicitud de nulidad definitiva del acto administrativo. Para solicitar suspensión provisional del acto, el solicitante debe haber requerido previa o simultáneamente al juez administrativo que anule la decisión; o justificar la urgencia; o demostrar que existen serias dudas sobre la legalidad de la decisión; o que no es necesario que la decisión se ejecute en su totalidad, de conformidad con el artículo L. 521-1 del Código de Justicia Administrativa de Francia¹⁶.

Por otro lado, también se encuentra el *référé-liberté*, el cual es una medida provisional que permite obtener del juez la adopción de “todas las medidas necesarias”¹⁷ para salvaguardar una libertad fundamental (o derecho) que la administración habría violado de manera grave y manifiestamente ilegal. Para solicitar el *référé-liberté* es necesario justificar la urgencia, del mismo modo que se debe demostrar que se trata de una libertad fundamental (como, por ejemplo, la libertad de reunión, la libertad de locomoción, la libertad de expresión, el derecho a la propiedad, etc.) y, además, demostrar que la vulneración o amenaza del derecho es grave y manifiestamente

¹⁶ Se puede consultar el mencionado artículo en el Código de La Justicia Administrativa en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933>

¹⁷ Artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa de Francia, consultado en <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006449327/2009-03-20/>

ilegal.

Asimismo, también existe la figura del *référé conservatoire* también conocido como adopción de “*medidas útiles*”, el cual permite solicitar al juez cualquier medida útil para salvaguardar los derechos de los solicitantes, incluso antes de que la administración haya tomado una decisión. Por ejemplo, puede solicitar la comunicación de un documento que sea necesario para hacer valer sus derechos. Para solicitar este tipo de medidas provisionales se debe justificar la urgencia, la necesidad de la medida, y se debe asegurar que la medida que se solicita no vaya en contra de una decisión administrativa ya existente (en tal caso, sería necesario solicitar la suspensión de la aplicación de esta decisión, mediante el *reféré-suspension*).

Alemania

El sistema alemán consagra una serie de medidas cautelares que pueden clasificarse de manera dual: medidas cautelares principales y medidas cautelares prestacionales. Las primeras son aquellas relacionadas con la suspensión de los actos administrativos (*Anfechtungslage*) prevista en el artículo 80, 80a y 80b del Código del Tribunal Administrativo o *Verwaltungsgerichtsordnung* (en adelante VwGO), en este sentido, si lo que se pretende es la nulidad de un acto administrativo, la cautela a implementar que corresponde es la suspensión del acto controvertido. Por otro lado, se hayan las medidas provisionales prestacionales, que están direccionadas a obligar a la administración a dictar un acto u omitir la realización de alguna conducta material (*Verpflichtungsklage*), la cual encuentra su sustento en el artículo 75 del Código del Tribunal Administrativo (VwGO).

La constitución alemana reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y garantiza su protección judicial antes de que se consumen los hechos o se cause el daño irreparable; para ello,

articuló las medidas cautelares en una regla general, la suspensión del acto administrativo impugnado; la cual opera de manera automática y sin la intervención del juez, y en situaciones establecidas expresamente en la ley; y unas excepciones o medidas cautelares sin carácter suspensivo, las cuales deben ser valoradas y motivadas por el juez, a través de la ponderación de los intereses en litigio. (Teso Gamella, 2007, pág. 28)

Italia

En el sistema jurídico italiano se habla de la suspensión de la ejecución del acto administrativo como la medida cautelar típica. Esta medida puede ser dictada por el juez cuando existan daños graves e irreparables que se derivarían de la ejecución del acto, además no debe tratarse de un recurso inadmisibles o infundado. Al igual que en el Derecho Francés, el juez tiene un alto grado de discrecionalidad al momento de valorar la existencia de los presupuestos consagrados en la ley.

Es preciso resaltar que, a parte de la suspensión de la ejecución del acto administrativo en el contexto italiano, es posible aplicar, dentro del procedimiento contencioso administrativo, gracias a la reforma de la Ley 353 de 1990, otras medidas cautelares tales como: ordenar el pago de sumas de dinero o cosas fungibles no controvertidas dentro del proceso (*ingiunzione*), en el caso de obligaciones contenidas en títulos valores o cuando exista un peligro en la demora (*periculum in mora*); estas medidas son aplicadas a los procesos administrativos referidos a los contratos, mediante la implementación de procedimientos cautelares (*guidizio di ottemperanza*) (Gómez, 2017).

Por otro lado, es importante señalar que, de acuerdo con lo sostenido por el ex Consejero de Estado Mauricio Fajardo Gómez, fue la Corte Constitucional Italiana, en sentencia No. 190 del

26 de junio de 1985, quien declaró inconstitucional limitar las medidas cautelares, en el marco de un proceso administrativo, únicamente a la suspensión provisional del respectivo acto administrativo; dejando claro que el juez debe tener la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar que considere conveniente, de acuerdo con las circunstancias de cada caso particular o concreto, con el fin de precaver una vulneración a la pretensión procesal y asegurar una decisión de fondo, garantizando, de esta forma el libre acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual se encuentra en perfecta sintonía con lo sostenido por respetados doctrinantes sobre el tema, tales como Chiovenda, Calamandrei, Bacigalupo, García de Enterría, entre otros (Gómez García, 2014).

Reino Unido

En el contexto británico no existe el derecho a la tutela judicial efectiva con carácter automático, este se garantiza por medio de la discrecionalidad del juez quien debe considerar la suspensión cautelar como una decisión judicial de equidad más que legal. La suspensión cautelar está sometida a dos reglas: el Tribunal debe constatar que existe una razón seria para ir a juicio y, debe considerar un equilibrio conveniente entre las partes, analizando la naturaleza y alcance del daño que se puede ocasionar.

No obstante, si lo que se pretende es obtener una orden de prohibición o de nulidad, la medida cautelar opera como suspensión del procedimiento relacionado con la solicitud, hasta la decisión final o hasta que se decida otra cosa. Por otro lado, si se solicita cualquier otra medida de tutela judicial, diferente a la orden de prohibición o nulidad, en todo momento, el Tribunal podrá conceder dentro del proceso cualquier medida cautelar de las que se aplican en el Derecho Privado. (Teso Gamella, 2007, pág. 31)

1.1.4 Tipos y clasificación de las medidas cautelares

Las medidas cautelares han evolucionado conforme a las necesidades evidenciadas en la realidad y de esta manera el ordenamiento jurídico debe garantizar la protección en la práctica. Lo anterior no es más que un efecto de lo que en el estudio del derecho se ha llamado la *Constitucionalización del derecho*, con ello se garantiza el derecho fundamental de acceso real a la administración de justicia y, en consecuencia, se garantizan los demás derechos de jerarquía constitucional que puedan hacerse efectivos en sede jurisdiccional, puesto que sin la materialización de los fallos sería imposible hablar de justicia en un sentido material. Es por esta razón que paulatinamente se ha venido abriendo el abanico de medidas cautelares, de diferentes tipos, ofrecidas por el ordenamiento jurídico que tienen como finalidad, precisamente, satisfacer las exigencias de un eventual fallo que se dicte en derecho. Es preciso, entonces, determinar los tipos de medidas cautelares que existen y que son susceptibles de ser aplicadas en el ordenamiento jurídico colombiano.

De este modo se encuentra, por ejemplo, que, de acuerdo sobre lo que recaen, las medidas cautelares pueden ser personales y patrimoniales. Por otro lado, hay otra clasificación que implica la suspensión de transitoria de la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, medidas que recaen sobre actos jurídicos. Igualmente, se pueden clasificar de conformidad si se encuentran plasmadas de manera expresa en la ley o simplemente quedan al arbitrio del juzgador, en esta clasificación encontramos las medidas cautelares nominadas y las medidas cautelares innominadas. Del mismo modo, si la medida cautelar tiene como finalidad preservar una expectativa o el *statu quo*, se les llama medidas conservativas; y, finalmente, aquellas que buscan modificar una situación jurídica se les conoce como medidas cautelares innovativas o

modificativas. (Bolívar Mesa, 2018, pág. 7)

1.2 Las medidas cautelares en el CPACA

El derecho administrativo, así como las demás ramas del derecho, no ha sido ajeno a ello. Es por este motivo que en materia contencioso-administrativa se han implementado diferentes medidas cautelares, que como se mencionó, han evolucionado con el tiempo. La creación de la ley 1437 de 2011 estableció un nuevo y más desarrollado sistema de medidas cautelares, aplicables a los procesos contenciosos declarativos y en especial, a los procedimientos en los cuales se hace indispensable “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”¹⁸. Los artículos 229 y subsiguientes del código contencioso-administrativo presentan el sistema cautelar del procedimiento contencioso-administrativo como la herramienta concreta que se enfoca en asegurar, de manera cierta y real, el acceso a la Administración de Justicia; dado que pretende evitar que la duración del proceso pueda llegar a afectar a quien acude a la Jurisdicción con la intención de resolver un litigio. Al respecto, el Consejo de Estado, en providencia del 13 de mayo de 2015, con Jaime Orlando Santofimio Gamboa como consejero ponente, ha subrayado que:

...la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”. El anterior aserto

¹⁸ Congreso de la Republica, Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 229

se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar “se pretende evitar ‘hechos consumados’ y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional.” (Sentencia 11001-03-26-000-2015-00022-0053057, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2015)

Las medidas cautelares que se decretan en el marco del proceso contencioso administrativo declarativo, por regla general, no son viables de oficio¹⁹, “solo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones²⁰”, es decir, que los parámetros para su imposición han sido delineados por el legislador, así como por la Jurisprudencia.

En la Ley 1437 de 2012 (CPACA) se evidencia que existe una clasificación las medidas cautelares y es la siguiente:

- *Preventivas*, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho;

¹⁹ Puesto que el artículo 229 del CPACA señala que el juez o magistrado ponente las debe decretar “a petición de parte debidamente sustentada”. No obstante, de acuerdo con el párrafo del citado artículo, las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, que sean de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, podrán ser decretadas de oficio.

²⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. Medidas cautelares innominadas. En Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 2013, pág. 301

- *Conservativas*, si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*;
- *Anticipativas*, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante;
- *De suspensión*, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa²¹.

Dichas cautelas deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, y esto anterior implica, entonces, que el juez debe hacer un análisis acerca de la correspondencia existente entre la medida solicitada, el objeto del proceso y la necesidad de implementación de esta, todo esto con el fin de hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia. Con relación a esta clasificación, se ha manifestado el Alto Tribunal de lo contencioso, puntualizando que:

se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas* que buscan mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de *suspensión* que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa. (Auto 11001-03-26-000-2017-00083-00-59493 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa)

De conformidad con las normas vigentes, las medidas cautelares que puede decretar el juez

²¹ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. (8 de octubre de 2015). Sentencia 11001-03-24-000-2013-00633-00, Magistrada Ponente: María Elizabeth García González.

o magistrado son, en primer lugar, ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta presuntamente vulneradora de derechos o amenazante, cuando fuere posible. Lo precedente conlleva a que en determinados momentos el juez tiene la potestad de obligar a las partes dentro del proceso a mantener el *statu quo* con el objetivo de mantener las cosas como se encuentran con el fin de que no suceda algo que pueda afectar la eficacia de la decisión judicial, como también es posible que el funcionario judicial reverse las situaciones a un estado previo al considerar que las conductas que se estén realizando puedan ser vulneradoras de derechos; y todo esto se genera como consecuencia del temor que a futuro el fallo podría ser inoperante, en cuanto dichas actuaciones amenazan con quebrantar los derechos de quien solicita la medida.

En segundo lugar, los jueces tienen la posibilidad de suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. Dejando claro que el operador jurídico solo podrá acudir a esta medida cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción. En estos casos, el juez deberá indicar las condiciones o pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida y de esa forma no afectar el derecho objeto del proceso.

En tercer lugar, dentro del ámbito de las múltiples medidas cautelares establecidas en la normativa contencioso-administrativa, se halla la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista no solamente en los artículos 231 y siguientes del CPACA, sino también de manera directa en la Constitución Política, en su artículo 238, en donde se indica que su naturaleza es transitoria o provisional y busca evitar que aquellos actos que no se encuentren en concordancia con la Constitución y el ordenamiento jurídico continúen surtiendo efecto hasta decidirse de fondo su constitucionalidad o legalidad dentro del proceso. De acuerdo con el Consejo

de Estado, el objeto de la suspensión provisional de los actos administrativos es el siguiente: “evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho” (Consejo de Estado de Colombia, 2015)

Es importante resaltar que la suspensión provisional implica que los jueces pueden detener los efectos de un acto administrativo, siempre y cuando se dé una violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado; cuando tal vulneración surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como transgredidas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, poniendo de presente que en los procesos de nulidad y restablecimiento el solicitante debe demostrar, aunque sea de forma sumaria, que con la ejecución del acto se le causará un perjuicio²². Con relación a la forma en la que el Juez debe abordar ese *análisis inicial* para determinar la procedencia de la medida, el Consejo de Estado se pronunció en providencia del 17 de marzo de 2015, expediente 11001-03-15-000-2014-03799-00, sosteniendo que:

Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento

²² Ley 1437 de 2011 artículo 231

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.” (Consejo de Estado de Colombia, 2015)

Es válido aclarar que la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos sufrió una transformación, debido a que durante la vigencia del Decreto 01 de 1984, el artículo 152 disponía que para declarar la suspensión provisional de un acto administrativo era necesario acreditar los tres requisitos:

- i) que la medida se solicitara y se sustentara de modo expreso en la demanda o en escrito separado, presentado antes de que se admitiera;
- ii) la existencia de manifiesta infracción de una de las normas invocadas como fundamento de la misma por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud y;
- iii) la prueba sumaria de perjuicio irremediable, cuando se pretendiera, además, un restablecimiento del derecho.

No obstante, en la actualidad y con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, esos tres requisitos han sido modificados, y por ende, para que proceda la solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo es necesario acreditar:

- i) que la solicitud se efectúe en la demanda o en escrito separado,
- ii) que la violación surja del análisis del acto administrativo y su confrontación con normas superiores invocadas como violadas, o que tal violación se evidencie del estudio de las

- pruebas allegadas con la petición y, además,
- iii) se deberá probar la existencia de perjuicios, si llegase a pretenderse el restablecimiento del derecho y/o la indemnización de perjuicios.

En cuarto lugar, se le permite al juez ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de este. Es decir que el juez tiene la potestad de darle órdenes a la administración para que adopte las medidas necesarias para evitar que la providencia se torne ineficaz. También puede mandar a crear o destruir una obra con la misma finalidad. Se puede inferir, de la lectura del numeral cuarto del artículo 231, que el juez no puede tomar la decisión de forma directa, sino que, a través de providencia, da la orden a la entidad para que sea esta quien tome la decisión que se encuentre dentro de sus competencias. Lo anterior va de la mano con lo establecido por el párrafo del citado artículo, en la medida en que si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el juez o magistrado ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

Finalmente, se le da la autoridad al juez de impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Adicionalmente, el CPACA, trae consigo una novedad en cuanto a la oportunidad para presentar la solicitud de medidas cautelares, puesto que en la normativa anterior éstas debían ser

presentadas antes que fuese admitida la demanda²³, mientras que en la nueva normativa se plantean dos posibilidades: antes de ser notificado el auto admisorio o en cualquier estado del proceso. Esto anterior, amplía el margen temporal durante el cual el solicitante puede hacer uso de esta garantía legal, algo que, sin duda, propende por el alcance de una tutela judicial efectiva y el alcance verdadero de la seguridad jurídica.

De la misma forma, dispone el artículo 229 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo que las cautelas son procedentes en todos los procesos declarativos, de manera rogada y debidamente motivada; mientras que, por otro lado, las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrán ser decretadas, incluso, de oficio.

1.2.1 Las medidas cautelares innominadas o atípicas en el CPACA

Las medidas cautelares innominadas, al igual que cualquier tipo de medida cautelar, nacen con la finalidad única de impedir que la dilación del proceso (ya sea por causas atribuibles a las partes o no) desnaturalice la finalidad esencial de la jurisdicción, la cual es alcanzar la materialización de las decisiones judiciales y lograr un acceso real a la justicia. Lo dicho con antelación, se ratifica en palabras del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (2012) sobre el acceso a la justicia:

Implica tener el derecho a utilizar medidas cautelares suficientes para asegurar el cumplimiento real y efectivo de lo que se concrete en la sentencia. Obtener una sentencia, después de mucho esfuerzo, que no puede ser satisfecha por insolvencia real o ficticia del

²³ El artículo 152, numeral 1, del decreto 01 de 1984 establecía que los actos administrativos se podían suspender siempre y cuando la medida se solicitara y sustentara de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que la misma fuese admitida.

obligado, genera una doble frustración, que evita que aquella a la larga se invierta en paz con justicia social. (Exposición de motivos del Código General del Proceso)

Las medidas cautelares innominadas (también conocidas como atípicas), son aquellas que no se encuentran enumeradas o descritas de forma expresa en la ley, debido a la multiplicidad de situaciones jurídicas y fácticas que se presentan en la cotidianidad, siendo imposible contenerlas en la normatividad o ser previstas por el legislador. Pueden ser ordenadas por el togado, en providencia motivada, de acuerdo con su razonable arbitrio, para “prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra²⁴”

De conformidad con lo anterior, se puede deducir que son aquellas medidas que no cuentan con una designación nominal, es decir, que no se encuentran enumeradas de forma taxativa en las normas procesales y que, por este motivo, requieren ser determinadas por las autoridades jurisdiccionales a su prudente juicio. En palabras de Díaz (2011), son aquellas que “admiten la flexibilidad necesaria en su otorgamiento como para lograr su adaptación a las particulares situaciones de hecho”²⁵

Cabe mencionar que se le delegan facultades de discrecionalidad al juez, para que mediante su arbitrio logre identificar la utilidad que genera conceder o no una medida que no esté prevista en la ley, sino que es fruto de la necesidad de un caso en concreto, lo anterior evidenciando el hecho de que la Constitución expresamente ha estipulado que en todas las actuaciones de la

²⁴ RANGEL ROMBERG, A. (1989). Medidas Cautelares Innominadas. Página web del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/293/pdf>, Consultado el 27 de mayo de 2018 a las 19:30.

²⁵ DIAZ SOLIMINE, O. (2011) *Medidas cautelares sobre automotores*. Buenos Aires: Astrea, P. 175.

administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial”²⁶

Se puede inferir que las medidas atípicas le otorgan al juez la libertad para implementar órdenes que, de acuerdo con su raciocinio, convicción y entendimiento, considere que son las más adecuadas para salvaguardar los derechos de las partes y asegurar la ejecución del fallo. A la postre, la incorporación de este tipo de cláusulas procesales, que permiten al juez actuar ampliamente, más allá de la taxatividad, representan un gran avance en la normativa colombiana; puesto que esto le da la potestad al fallador de usar su creatividad, de innovar en materia jurisdiccional, en pro de los derechos de las personas. Con este tipo de medidas se empodera al juez para que, desde antes de proferir la decisión que en derecho corresponda, pueda dar garantía a las partes que el fallo contingente ha de cumplirse de manera eficaz.

Si bien esta investigación se centró en las medidas atípicas en el marco de la legislación contencioso-administrativa, es importante resaltar la consagración legal de las medidas cautelares innominadas en el ámbito jurídico de forma general; donde se encuentra, en primer lugar, que en el Código General del Proceso la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares en los procesos declarativos están contenidas en el artículo 590, según el cual pueden ser solicitadas por el demandante, inclusive desde la presentación de la demanda. El literal c) del referido artículo 590 permite al juez, previa petición de parte, decretar cualquier otra medida cautelar que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”²⁷.

De la lectura de la norma se desprende de forma clara que la medida precautoria de índole innominado únicamente es procedente cuando esta ha sido rogada, es decir, el juez no podría

²⁶ Constitución Política Colombiana, 1991, artículo 228

²⁷ Congreso de la Republica, Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, artículo 590

imponer de oficio una cautela atípica²⁸. Podría decirse que la medida cautelar, en cierta forma le otorga un poder discrecional e incluso oficioso al juez, y dicho poder parte o tiene origen en la petición del accionante, no obstante, el juez no queda atado a la misma y podrá fijar cualquier otra medida que amerite ser decretada. En otras palabras, esto quiere decir que, a pesar de que para la implementación de una medida cautelar por parte del funcionario judicial se requiere que esta haya sido solicitada por parte de accionante del proceso, el juez no se encuentra, de manera específica, adosado a dicha solicitud, sino que por el contrario, podrá fijar un alcance mayor a aquello que se le ha pedido, incluso aplicando medidas cautelares adicionales a las interpeladas por el demandante.

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

En este sentido, es posible puntualizar que el ordenamiento jurídico ha establecido unos límites que, aunque no tienen un margen absoluto de precisión, pueden orientar al juzgador al momento de determinar la medida cautelar innominada a implementar, y de esa manera evitar posibles arbitrariedades. Teniendo en consideración que la ley 1564 de 2012 una norma general aplicable a cualquier procedimiento jurisdiccional, y de manera específica, el artículo 306 de la

²⁸ Salvo en los eventos previstos en la norma donde de manera excepcional se establece que en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrán ser decretadas de oficio.

ley 1437 de 2011 señala que en todos aquellos aspectos no regulados o contemplados en el CPACA, el juzgador deberá remitirse a la normativa procesal civil, esto es, el Código General del Proceso, siempre y cuando las normas a aplicar sean compatibles con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, se puede hacer uso de la analogía jurídica para el caso de las medidas cautelares innominadas en el procedimiento contencioso administrativo, en aquello que no se encuentre regulado de manera explícita. En consecuencia, se observa que el Código General del Proceso, establece en su artículo 590, numeral primero, literal C, inciso tercero, que en caso de ser procedente la medida cautelar de naturaleza innominada el juzgador debe tener "*en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad, proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada*", del mismo modo que "*establecerá su alcance, contenido, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada*".

En ese orden de ideas, para el caso especial de las medidas cautelares innominadas es menester que existan ciertos parámetros a través de los cuales el juzgador pueda conocer cuándo decretarla; puesto que no hay normas de carácter constitucional o legal que señalen cuáles son los casos específicos en los que se deban implementar, sino que como se había indicado con anterioridad, es el juez quien determina si son procedentes o no. A pesar de esto, no sobra decir que, para garantizar la seguridad jurídica de las personas, es necesario que el legislador de forma clara determine los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que debe tener el togado al momento de decidir acerca de su aplicación. En este sentido, La Corte Constitucional ha dicho que:

Queda claro que incluso en los casos de medidas cautelares innominadas o atípicas, es imperativo que el legislador diseñe previamente los parámetros mediante los cuales la autoridad, judicial o administrativa, pueda acudir a ella, pues aunque no existe una exigencia constitucional para que en todas las actuaciones se contemple la posibilidad de decretar medidas cautelares, es necesario que su definición por parte del Congreso atienda los criterios de razonabilidad y proporcionalidad (Sentencia C-835 de 2013)

Bajo el anterior raciocinio, se encuentra gran semejanza en los fines de las medidas cautelares consagradas en el Código General del Proceso y las previstas en el CPACA, y no es de extrañar, puesto que la Ley 1437 de 2011 trajo consigo un amplio abanico de medidas cautelares que, en armonía con la tutela judicial efectiva, le ofrecen más garantías a los administrados para la defensa de sus intereses frente a la administración, puesto que la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos, dispuesta en la normativa anterior, al parecer se quedaba corta en cuanto a las nuevas tendencias del derecho administrativo y sus transformaciones a nivel de derecho comparado. De hecho, según la Corte Constitucional:

... era apenas natural que el ordenamiento de las medidas cautelares evolucionara con el tiempo en esa dirección, pues como ha dicho la jurisprudencia constitucional la inevitable duración de los procesos judiciales en ocasiones puede implicar la afectación del derecho a una administración de justicia pronta y eficaz, ya que si bien la justicia llega, lo hace en esos casos demasiado tarde, cuando han tenido lugar “daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante”. Resultaba entonces necesario ampliar el catálogo de medidas cautelares, con el fin de asegurar instrumentos efectivos de protección provisional que pudieran usarse en las controversias contenciosas no originadas

en un acto administrativo, sino por ejemplo en una omisión o un hecho de la administración. También era imperativo morigerar la radical limitación de la suspensión provisional, con el fin de asegurar una protección previa a la sentencia frente a actos administrativos, que garantizara el derecho a una justicia pronta y efectiva. (Sentencia C-284 de 2014)

Con base en lo planteado, la necesidad de ampliar la lista de medidas cautelares e incluso dejar la posibilidad de implementar medidas atípicas por parte del juez, se da en razón de que las controversias que llegan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo no radican única y exclusivamente en virtud de actos administrativos, sino que, por el contrario, pueden tener un origen diferente como lo son los contratos, los hechos, omisiones, ejecuciones u operaciones de la administración²⁹. Por lo que la suspensión provisional del acto, como única medida cautelar, quedó obsoleta en cuanto a las necesidades actuales del proceso contencioso.

El juez contencioso administrativo ahora posee la autoridad de conceder diversos tipos de medidas cautelares, como se advirtió con antelación, no se limita a considerar como mera opción la suspensión provisional, sino que le permite al accionante solicitar otra clase de medidas de carácter preventivo, conservativo, anticipativo o de suspensión; de acuerdo con la Ley 1437 de 2010 (CPACA) el juez puede ordenar cualquier medida, inclusive sin estar enumerada en la Ley, siempre y cuando tengan relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Para el decreto de las medidas cautelares debe cumplirse una serie de requisitos según el tipo de medida. Por ejemplo, de conformidad con el CPACA, si se pide la suspensión provisional

²⁹ Advierte el Consejo de Estado en sentencia del 5 de julio de 2017, Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00083-00(59493), que "...a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, **la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión, una acción u omisión, etc.**; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración." Negrillas fuera de texto.

de un acto administrativo dentro de un proceso de nulidad, la misma procede por violación de las disposiciones invocadas por el demandante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como trasgredidas o que se infieran del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, diferente cuando además de la nulidad se pide el restablecimiento del derecho e indemnización de perjuicios, pues para que prospere la medida cautelar, debe probarse por lo menos sumariamente la existencia de los tales perjuicios³⁰. En los demás casos, comprendiendo también las de carácter atípico, las medidas cautelares serán procedentes cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- 1) Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
- 2) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
- 3) que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
- 4) que de no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían ilusorios³¹.

Para Suárez & Vallejo, citando a Parejo, las medidas cautelares innominadas previstas en el capítulo XI del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, buscan “conseguir que no haya más restricciones como las que se presentan por ahora. Para el

³⁰ Congreso de la Republica, Ley 1437 de 2011, CPACA, artículo 231

³¹ *Ibíd*em art 231

efecto, la Doctrina ha considerado que para que exista una verdadera efectividad del acceso a la administración, es necesario contar con unas medidas cautelares que garanticen la efectividad de la sentencia”, incluso sin encontrarse enlistadas de manera expresa. (2017, pág. 145)

1.2.2 Procedimiento para la adopción de medidas cautelares en el CPACA

Para que procedan las medidas cautelares, se determina en el CPACA que estas pueden ser solicitadas desde la presentación de la demanda y durante cualquier estado del proceso³². Ordena la norma que se corra traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella, quien contará con cinco (5) días para pronunciarse sobre la misma; asimismo, este plazo correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda. En lo que corresponde al operador jurídico, se determina que el juez cuenta con un término máximo de diez (10) días adicionales para resolver si adopta o no la medida cautelar, contados desde que expira el término para que el demandado se pronuncie sobre la petición. En caso de decretarse la medida, en el mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución de considerarse necesario.

Es de resaltar que, para el decreto de las medidas cautelares mencionadas anteriormente, en ciertos casos se establece una caución³³. Es importante dejar en claro que la cautela solo podrá hacerse efectiva a partir del momento en que el auto que acepte la caución prestada se encuentre en firme. Si la medida es negada puede volverse a pedir, siempre y cuando se hayan presentado nuevos hechos sobrevinientes, en virtud de los cuales se cumplan las condiciones requeridas para su decreto.

³² Ibídem art 232

³³ La caución, también conocida como contracautela o fianza, es definida por Milán Morales & Araujo Quintero (2014) como “la garantía que debe prestarse ante el pedido de ciertas medidas cautelares, tales como embargos o inhibiciones, ordenados en un juicio.” y tiene como fin la “eventual cobertura por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar el dictado de una medida precautoria.”

Respecto de las cauciones, dispone claramente el CPACA, que no se requiere de caución cuando lo que se solicita es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, tampoco se decreta la caución en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos o derechos fundamentales, ni cuando la quien solicite de la medida cautelar sea una entidad pública³⁴. Del mismo modo, se debe destacar que hay casos en los cuales sí aplica; para lo cual la caución debe ser prestada por el solicitante con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con el decreto de la medida. Deberá ser el juez que la decrete quien determine la modalidad, la cuantía y demás condiciones de la caución, incluso, la ley agrega que para esos efectos podrá el togado ofrecerle varias alternativas al solicitante³⁵.

En consonancia con lo planteado, es relevante recordar que las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos, a saber:

1. Que la petición esté fundada en derecho; que el demandante haya demostrado, incluso de manera sumaria, la titularidad del derecho o de los derechos invocados;
2. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un ejercicio de ponderación, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla;
3. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios o inconcretos.

³⁴ Ibídem art 232, Inc. último

³⁵ Ibídem art 232

1.2.3 Levantamiento, modificación, revocatoria e incumplimiento de la medida cautelar en el CPACA

La legislación Contencioso administrativa, en lo concerniente a la revocatoria de la medida cautelar, plantea que el demandado o quien fuere afectado con la medida cautelar puede solicitar el levantamiento de la misma, cuando preste caución satisfactoria, siempre y cuando la naturaleza de la medida lo permita. Es decir, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar por la imposición de la medida.

De acuerdo con el artículo 235 del citado código, la medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento, que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; En estos tres eventos no se necesita la caución previa o contracautela referida con anterioridad.

La norma prevé también una obligación de informar todo cambio sustancial que ocurra en las circunstancias que condujeron a la adopción de la medida y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria, aunando la posibilidad de que en ciertos casos el incumplimiento de tal obligación conlleve a sanciones pecuniarias u otras medidas de acuerdo con las normas vigentes, que puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales³⁶, siendo natural, en la medida que si ya no existe el fundamento legal que dio origen al decreto de la cautela, esta debería desaparecer.

Cabe resaltar que el auto que decreta, niega o modifica una medida cautelar es susceptible de recurso de apelación o de súplica, según el caso, para resolver estos recursos se concede en

³⁶ *Ibíd*em, art 235, último inciso

efecto devolutivo³⁷ de acuerdo con el párrafo primero del artículo 243 del CPACA y deben ser resueltos en el término máximo de 20 días, puesto a que así lo ordena el artículo 236 del mismo código. Sin embargo, se debe recordar que contra las decisiones sobre levantamiento o revocatoria de medidas cautelares, no serán susceptibles de recurso alguno, es decir, no son procedentes, pues así lo establece el artículo 243A, introducido por la ley 2080 del 2021.

Es también relevante tener presente que cuando la medida cautelar sea revocada en el curso del proceso, bien sea por considerar que su decreto fue improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria, el solicitante de la medida precautoria deberá responder patrimonialmente por los perjuicios que se hayan causado, los cuales serán liquidados mediante incidente, luego de la ejecutoria de la providencia. No obstante, la decisión sobre dicho incidente será susceptible del recurso de apelación o de súplica. Lo dicho no se aplica a los casos de suspensión provisional de actos administrativos de carácter general, puesto que el fin de tal medida cautelar es la protección del ordenamiento jurídico y no persigue un lucro o beneficio económico.

Por último, pero no menos importante, el incumplimiento de una medida cautelar da lugar a la apertura de un incidente de desacato y conlleva en sí mismo una serie de sanciones establecidas en la ley. De la misma forma en que se categoriza como falta grave³⁸ por parte del funcionario judicial el incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar. El CPACA preceptúa en su artículo 241 que:

El incumplimiento de una medida cautelar dará lugar a la apertura de un incidente de desacato como consecuencia del cual se podrán imponer multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento hasta por el monto de dos (2) salarios mínimos mensuales

³⁷ Se denomina así, en derecho procesal, la apelación concedida cuando el superior revisa la providencia apelada sin suspender la ejecución de esta.

³⁸ *Ibidem*, art 241.

legales vigentes a cargo del renuente, sin que sobrepase cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes. La sanción será impuesta al representante legal de la entidad o director de la entidad pública o al particular responsable del cumplimiento de la medida cautelar por la misma autoridad judicial que profirió la orden, mediante trámite incidental y será susceptible de los recursos de apelación en los procesos de doble instancia y de súplica en los de única instancia, los cuales se decidirán en el término de cinco (5) días. El incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar constituye falta grave. (Congreso de la Republica, Ley 1437 de 2011, CPACA, artículo 233)

1.2.4 Medidas cautelares de urgencia en el CPACA

Dentro del procedimiento para las medidas cautelares se prevé una medida cautelar de urgencia, la cual tiene un procedimiento diferente; dado que el CPACA estipula que el juez tiene la posibilidad, desde la presentación de la solicitud, de decretar medidas cautelares sin previa notificación a la otra parte, esto sucede cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia no es posible agotar el trámite previsto por la ley³⁹, es decir, deben cumplirse los requisitos para la adopción de la medida, pero se justifica el procedimiento especial sin notificar a la contraparte, debido a que por su urgencia no es posible agotar el trámite ordinario.

La razón de la creación de las medidas cautelares de urgencia, se encuentra en el hecho de que existen ciertas situaciones que exigen, por parte de la jurisdicción, una respuesta inmediata, que ni siquiera da espera al trámite de notificación propio de las demás medidas cautelares, por este motivo se debe decretar la diligencia precautoria *ipso facto*. Peyrano (1997) sostiene que:

Sucede que algunas "situaciones de urgencia" no pueden encontrar una debida solución en el marco del proceso cautelar ortodoxo. [y esto se da] ... cuando, en verdad, el único interés

³⁹ Ibídem art 234

que le asiste al justiciable es el de remover la urgencia, y punto. Vale decir que no pretende ni desea promover pretensión principal alguna posterior y pese a ello, se ve compelido a promoverla para así estar en condiciones de postular (y de conservar) la cautelar que realmente le importa. Sobre el particular, hemos dicho que "ante la falta de mecanismos idóneos los justiciables se ven obligados a 'inventar' procesos principales (habitualmente amparos o pretensiones meramente declarativas) para poder estar en condiciones de encaballar en los mismos pedimentos 'cautelares' cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza"

El Consejo de Estado se pronunció sobre el particular manifestando que las tutelas cautelares de urgencia se aplican de forma autónoma con el propósito de salvaguardar de forma inmediata los derechos humanos de los individuos. Dicha corporación puntualizó que:

el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas "medidas cautelares de urgencia", establecidas en el artículo 234 del Código y con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda. Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos, dejando la medida de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un

recurso judicial sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia. (Sentencia 11001-03-26-000-2015-00022-0053057, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa)

En el mismo sentido, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en Colombia, en decisión del 5 de marzo del 2014, estableció el alcance especial que tienen dichas medidas precautorias, poniendo de presente que las medidas de urgencia pueden ser resueltas e implementadas antes de resolver la admisibilidad de la demanda en cuestión, o incluso antes de presentar la solicitud de conciliación extrajudicial como requisito de procedencia de la demanda.

Expresó la Sala Plena:

Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar. En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal. Tal precisión conduce a que efectivamente

es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos (Sentencia 25000-23-42-000-2013-06871-01, C. P. Alfonso Vargas Rincón, 2014)

De acuerdo con la jurisprudencia citada, se debe entender, entonces, que las cautelas de urgencia obedecen a un procedimiento totalmente independiente del proceso contencioso administrativo y buscan satisfacer la protección de los derechos humanos y de carácter fundamental de los individuos, es por eso que, a través de estas medidas se logra materializar, de una forma efectiva, el principio de acceso a la administración de justicia. Cabe resaltar, asimismo, que al juez administrativo le corresponde repeler todos aquellos obstáculos que no permitan la adopción de dichas medidas, pues finalmente lo que se pretende es evitar la vulneración o amenaza de los derechos, bienes y/o intereses jurídicos tutelados. Este raciocinio encuentra un mayor sustento en el caso de las medidas cautelares de urgencia, debido a que aquí se está en una situación inminente que requiere una respuesta rápida y efectiva por parte del operador jurídico⁴⁰.

⁴⁰ Referente a ello, es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico francés en donde se ha establecido la llamada “*ordonnance de référé*” comentada por Restrepo Medina (2005) en los siguientes términos: “en el derecho francés existe el *référé* administrativo, consistente en un procedimiento por medio del cual se adopta, a petición del interesado, cualquier medida útil, en caso de urgencia, siempre que no haya prejuzgamiento sobre el fondo del asunto y que exista un asunto en litigio, así aún no haya sido presentada la demanda; en todo caso, con la medida no puede obstaculizarse la ejecución de un acto administrativo, pues para ello existe la suspensión provisional. El procedimiento termina con una *ordonnance en référé* de carácter ejecutorio, modificable y revisable en un proceso declarativo posterior, promovido por el condenado en el *référé*.” En similar sentido, el mismo autor señala que en el ordenamiento jurídico Alemán “además de que la regla general es la suspensión de la ejecución del acto demandado -en contra de lo que sucede en los regímenes de tradición francófona-, existen como medidas cautelares las órdenes provisionales -*einstweilige Anordnungs*- que pueden dictarse en subsidio de la referida suspensión, cuando exista peligro de que un cambio de las circunstancias

Cabe destacar, que, en la normativa colombiana, la decisión del juez de adoptar la medida cautelar especial o de urgencia, puede ser susceptible de los recursos a que haya lugar. Sin embargo, la medida debe ser comunicada y cumplirse de forma inmediata, prestando previamente una caución cuando hubiere lugar; que por lo general será en todos los casos, en el sentido que los jueces ante esta medida especial tienden a ser más exigente en el cumplimiento de la garantía de la caución.

1.2.5 Cuadro de criterios normativos para la aplicación de las medidas cautelares innominadas en el proceso administrativo.

A continuación, y a modo de compilación de las normas analizadas, se presentan una serie de cuadros que resumen los criterios normativos a tener en cuenta al momento de implementar las medidas cautelares de orden innominado, tanto desde la normativa del Código General del Proceso, así como desde el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el objetivo de enlistar dichos criterios y ofrecer al lector mayor claridad acerca de los parámetros que debe tener en cuenta el juez al momento de implementar una cautela de orden innominado.

presentes pueda malograr o dificultar sustancialmente el derecho del interesado, o cuando sea necesaria una regulación provisional para prevenir perjuicios sustantivos o evitar daños.” Igualmente, en el sistema jurídico Italiano el autor encuentra que “aunque su legislación solamente contempla como medida cautelar en los procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa la suspensión del acto administrativo, ha sido la jurisprudencia la que ha ampliado la aplicación de las medidas atípicas o innominadas previstas en el Código Procesal Civil a los procesos contencioso administrativos, de manera que el juez o magistrado puede dictar medidas positivas en sustitución de una denegación arbitraria de la pretensión del accionante por parte de la administración” Para una mejor comprensión de la autonomía de las medidas cautelares contenciosas en el derecho comparado, véase a Restrepo Medina, M. A. (2005). *La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo*. Estudios Socio-Jurídicos, 191-205.

	Criterio	Descripción
Criterios de acuerdo con la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso	Que se trate de "otra medida"	Esto es, distinta de la consagradas en el código general del proceso para procesos declarativos
	Razonabilidad	La medida debe considerarse razonable por el juez para proteger el derecho objeto del litigio, o impedir que se infrinja o evitar las consecuencias de esa infracción, o prevenir daños o hacer cesar los ya causados, o asegurar la efectividad de la pretensión
	Legitimación	Debe apreciarse por el juez la legitimación o interés de ambas partes para actuar
	Carácter inminente y real	Tiene que haber una amenaza o vulneración reales del derecho, pues la protección es viable para "impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma", para evitar "daños, hacer cesar los que se hubieren causado .. ."
	Apariencia de un buen derecho (Fumus Boni Iuris)	Esto es, tiene que haber una base probatoria suficiente para considerar que el demandante tiene una alta probabilidad de razón y de ganar el pleito, sin que implique un prejuzgamiento.
	Necesidad, efectividad y proporcionalidad	El juez debe evaluar la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida solicitada, o que él considere viable, porque dentro del espectro normativo, puede decretar

		una menos gravosa o distinta de la solicitada.
	Alcance y duración	El juez debe establecer el alcance de la medida, así como su duración, y puede disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cesación de la medida que haya ordenado.
	Que sea rogada	El Código General del Proceso dispone que las partes son las que deben solicitar las medidas, pues estas no son procedentes de oficio.

Criterios de acuerdo con la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	Criterio	Descripción
	Que se trate de "otra medida"	A pesar de no encontrarse en la normativa este requisito, es obvio que debe tener en consideración, puesto que para adoptar una medida de carácter innominado es menester que no se trate de las enumeradas por el legislador.
	Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.	Esto significa que para que la petición de medida cautelar innominada sea procedente, la demanda a la cual es accesoria, debe tener un claro y suficiente sustento legal.
	Titularidad del derecho	Esto quiere decir que el demandante debe demostrar, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

	Ponderación	Este criterio implica que el demandante debe presentar los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir al juez, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
	Perjuicio irremediable o ineficacia de la eventual sentencia	Este criterio supone que, de no otorgarse la medida, se causará un perjuicio irremediable; o examinar si existen serios motivos para considerar, por parte del juez, que de no otorgarse la medida cautelar los efectos de la sentencia serían ilusorios.
	Que sea rogada	El Código General del Proceso dispone que las partes son las que deben solicitar las medidas, pues estas no son procedentes de oficio.
	No prejuzgamiento	De acuerdo con lo establecido en CPACA, la implementación de la medida cautelar en ningún caso puede significar prejuzgamiento. La Corte Constitucional ha expresado que el juez debe evitar entrar en el campo del prejuzgamiento, porque si bien es cierto que las medidas cautelares buscan garantizar los derechos de quien las solicitan, en el eventual caso de obtener sentencia favorable, también es cierto que estas se imponen antes que la contraparte sea vencida en juicio, por lo que si no se decretan de forma adecuada, podría llegar a afectarse derechos de carácter fundamental de la contraparte, como lo son el debido proceso y el derecho de defensa.

1.3 Las medidas cautelares innominadas desde la Jurisprudencia

La jurisprudencia nacional no ha sido ajena al estudio de las medidas cautelares, por el contrario, ha realizado aclaraciones importantes frente a este tema. En este aparte se realizará un análisis de los distintos conceptos abordados por los altos tribunales, tanto de la jurisdicción⁴¹ contencioso-administrativa como de la jurisdicción constitucional, incluso, los precedentes aportados por la jurisdicción ordinaria⁴², así como los criterios a tener en cuenta al momento de decretar las medidas cautelares de índole innominado.

1.3.1 En la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Se debe advertir que, en materia constitucional, el desarrollo jurisprudencial de criterios a tener en consideración por los jueces al momento de implementar medidas cautelares es bastante escaso, puesto que solamente se han proferido dos sentencias por parte de la Corte Constitucional al respecto. No obstante, lo anterior, se realizará un análisis juicioso de estos precedentes.

Como sentencia hito y dominante en el tema de medidas cautelares innominadas encontramos la sentencia C-835 de 2013, en la cual el juez constitucional explica los alcances de la institución cautelar atípica. La Corte Constitucional, a través del tiempo, nos ha capacitado con diferentes interpretaciones y análisis sobre las medidas cautelares, nominadas e innominadas. Ha entendido la Honorable Corte Constitucional, que las medidas cautelares son medios a través de los cuales el ordenamiento jurídico brinda protección sobre el objeto litigioso, y dicha garantía se

⁴¹ Se debe dejar claro que la Jurisdicción es una sola y, por tanto, en sentido estricto no es susceptible de clasificación. Sin embargo, desde el punto de vista abordado en este artículo académico, se toma como referente la Constitución política y las leyes colombianas que las encasillan (a altas cortes, tribunales y jueces) de conformidad con los temas o materias que llegan a su conocimiento.

⁴² Se tomará como referente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de realizar un análisis general dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para luego adentrarnos específicamente en las medidas adoptadas en el marco de la Ley 1437 de 2011.

presenta de forma provisional, por el tiempo que tome el proceso en ser resuelto. Las medidas cautelares se implementan con el fin de brindar a las partes la seguridad de que aquel derecho u objeto que está siendo controvertido en el litigio no se vuelva ilusorios, pues en el eventual caso de resultar una decisión favorable, se podría hacer efectiva la sentencia. Al respecto, la Corte constitucional ha señalado en sentencia del año 2004 que:

las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido. (Sentencia C-379)

De la misma forma, señala este alto Tribunal que el sustento de las medidas cautelares encuentra su origen en la constitución. Estas medidas tienen como base el principio de eficacia y acceso a la administración de justicia y esto es, en sí mismo, uno de los fines esenciales del Estado, en la medida en que, si no se logran materializar las decisiones judiciales, no habría verdadera justicia; lo que haría que el concepto de Estado Social de Derecho se torne en algo que no trasciende más allá de la simple teoría.

Con todo, ha señalado la Corte Constitucional que hay que tener un especial cuidado al

momento de legislar en esta materia porque se podría dar pie para que el juez entre en el campo del prejuzgamiento, porque si bien es cierto que las medidas cautelares buscan garantizar los derechos de quien las solicitan, en el eventual caso de obtener sentencia favorable, también es cierto que estas se imponen antes que la contraparte sea vencida en juicio, por lo que si no se decretan de forma adecuada, podría llegar a afectarse derechos de carácter fundamental, como lo son el debido proceso y el derecho de defensa. Advierte la Corte en la misma sentencia que:

Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, ... los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio. (Sentencia C-379)

Con base en lo antes planteado, resulta preciso resaltar que el operador jurídico debe realizar un análisis inicial, a través del cual estudia la procedencia de la cautela y se realiza una valoración de la medida invocada, efectuando una confrontación entre la situación o hecho que da origen al proceso y los preceptos constitucionales que posiblemente puedan llegar a ser vulnerados de no adoptarse la medida preventiva; de la misma manera en que debe atender al material

probatorio que llegue a su conocimiento para darle sustento a su decisión. Esto es, el análisis en cuanto a la implementación obedece a qué tan grave sería la afectación de los derechos constitucionales del solicitante de no implementarse la medida precautoria, teniendo el juez en cuenta la situación de hecho por la cual se ha iniciado el proceso en sede jurisdiccional y haciendo un estudio juicioso del material probatorio que le permita inferir dicha gravedad.

Lo anterior lo reitera la Corte en la sentencia C 835 de 2013 que recalca la importancia de la motivación a la hora de realizar un análisis de una medida cautelar innominada pues la misma no puede volverse un espacio de temeridad y por lo mismo debe tener ciertos parámetros para poder generar este tipo de medidas, empero, existen casos en los que no se prevén estos indicadores, tal como se evidenció en el problema eje de la decisión judicial, poniendo de presente lo siguiente:

Así, aunque las medidas cautelares innominadas no significan arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez técnicamente para obrar consultando la equidad y la razonabilidad, al servicio de la justicia, los parámetros para su imposición se encuentran previamente establecidos en la ley, cosa que no ocurre en el caso ahora analizado, dejando al absoluto arbitrio de la Dirección Nacional de Derecho de Autor establecer no solo cuál sería la medida cautelar adoptada, sino también los parámetros de necesidad y razonabilidad para acudir a la misma.

1.3.2 En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Es de gran relevancia, igualmente, revisar los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en esta materia, en el sentido en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 306

de la ley 1437 de 2011, en todos aquellos campos no contenidos o que se escapan a la regulación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se seguirá como referente al Código General del Proceso, obviamente, en todo aquello que le sea compatible, de acuerdo con la naturaleza de los procesos y actuaciones correspondientes a la Jurisdicción de lo Contencioso. En este entendido, es importante revisar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dado que es el tribunal de cierre y máximo órgano de la jurisdicción ordinaria; la cual debe resolver lo atinente a medidas cautelares innominadas, dentro de los asuntos de su respectiva competencia ordinaria; por lo que se puede tomar como referente al momento de darle aplicación a esta institución procesal (medida cautelar) en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Corte Suprema de Justicia tampoco ha sido ajena a pronunciarse sobre este tema, en sus veredictos, además de adherirse a los criterios establecidos por la Corte Constitucional, ha resaltado que las medidas cautelares innominadas no perdieron su carácter restringido con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, por lo que no se les debe confundir y, mucho menos, pensar que las medidas innominadas entrañan las nominadas, al exigir que se realice un estudio igual de riguroso, por parte del juez, al momento de decretar las medidas que están especificadas y singularizadas en la ley.

Es importante resaltar que la Corte Suprema, estableció en sentencia del 11 de agosto de 2019, que las medidas cautelares innominadas, cuentan con un carácter novedoso e indeterminado, considerando que se traen a partir de la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, y que deben solicitarse por la parte interesada, pues no son procedentes de oficio, de conformidad con lo establecido en el Código General del Proceso. Asimismo, puso de presente que su implementación le impone al juez el deber de hacer un estudio a profundidad acerca de la necesidad, la efectividad y la proporcionalidad de la cautela invocada, observando, en consecuencia, el alcance de esta, con

relación a los derechos que se encuentran en pugna, en el marco del proceso jurisdiccional. El alto tribunal de la jurisdicción ordinaria fue enfático en que no se debe dar el mismo trato de las medidas innominadas a las medidas nominadas, las cuales tienen una designación específica por el legislador; por lo cual, señala esta Corte, que cuando el legislador autoriza en el artículo 590 del Código General del Proceso “(...) cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio (...)”, se debe entender que se está refiriendo a medidas atípicas, diferentes a las señaladas expresamente en el mismo artículo. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019)

1.3.3 En la jurisprudencia del Consejo de Estado

En cuanto a la jurisprudencia proferida por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, cabe resaltarse, en primer lugar, que este cuerpo colegiado ha sostenido que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 229, la valoración preliminar de la implementación de la medida cautelar no constituye *per se* un prejuzgamiento, puesto que se trata de una decisión temporal que se funda en una percepción sumaria que realiza el juez sobre el objeto del litigio y que no lo obliga a tomar una decisión final. Así lo sostuvo el Consejo de Estado en providencia de 11 de marzo de 2014 al expresar que:

De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub-lite’ []. Una suerte de presunción *iure et de iure*, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido.

La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia. (Sentencia 11001 0324 000 2013 00503 00)

De otro lado esta misma corporación ha realizado llamados para que se implemente sin temor alguno el uso de las medidas cautelares innominadas. Con relación a los criterios de aplicación que el juez debe tener en cuenta al momento de implementar una medida cautelar, se deja claro que el fallador puede decretar todas aquellas medidas que considere necesarias. Sin embargo, en el artículo 229 del estatuto contencioso se precisa que las medidas decretadas por el togado deberán ceñirse a lo regulado en el CPACA, por lo cual, eso lleva a concluir que la medida será procedente siempre cuando el demandante a través de diversos medios probatorios y argumentativos logre demostrar que sería más gravoso para el interés público el hecho de no adoptar la cautela. En este último evento será el juez quien a través de un ejercicio de ponderación determine si la aplicación de la medida es la opción más apropiada para defender los intereses de las partes en el proceso.

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de del Consejo de Estado, en providencia de 17 de marzo de 2015, señaló:

[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho. [...] (Sentencia 11001-03-15-000-2014-03799-00, Magistrada Ponente: Sandra Lissett Ibarra Vélez)

En similar sentido, la Sección Tercera de esa corporación, mediante providencia de 13 de mayo de 2015, sostuvo:

[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes

que nada, de un ejercicio de razonabilidad. (Sentencia 11001-03-26-000-2015-00022-0053057, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa)

Esto quiere decir, entonces, que para la adopción de la cautela se debe realizar un ejercicio de razonabilidad y ponderación por parte del juez, en el cual el funcionario judicial ha de analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. En consecuencia, el análisis que debe hacer el fallador no se finaliza únicamente con una implementación lógica-deductiva de la norma positiva, sino, por el contrario, implica que este último debe tener en cuenta, para el caso en concreto, los derechos y principios de raigambre constitucional de las partes e intervinientes en el proceso. De esta forma, se busca que el juez llegue a decretar una medida precautoria que satisfaga el criterio de aceptabilidad; que no sea irracional o desproporcionada, y para lograrlo, debe encontrar sustento en la valoración de los principios constitucionales. Acerca de este estudio previo que debe ser practicado por el fallador, la misma providencia indicó:

“Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso-administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más

depurada del principio de proporcionalidad.

En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica **i)** que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); **ii)** que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario **iii)** llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos” (Consejo de Estado de Colombia, 2015)

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede sostener que cualquier medida que el juez considere adecuada para garantizar el proceso y el efectivo cumplimiento de la sentencia puede ser decretada por el mismo, atendiendo a una motivación razonable de la providencia, en la cual se sopesen los diversos derechos y principios de rango constitucional que entren en pugna. De la misma forma en que se logra inferir que quien hace la solicitud de la medida cautelar debe demostrar el posible perjuicio o allegar material probatorio que le permita al togado establecer la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. En cuanto a lo anterior, el Consejo de

Estado, en sentencia del año 2016, dejó claro que

De acuerdo con esta preceptiva, el juez puede adoptar las medidas cautelares que estime necesarias para garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, medidas que pueden ser decretadas incluso antes de la presentación de la demanda o, una vez radicada, en cualquier estado del proceso. Dicha solicitud deberá ser sustentada por la parte que la pide y su fundamento debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

A su vez, el juez tiene la obligación de motivar la medida, sin que por el hecho de adoptarla se configure un prejuzgamiento. Sobre el particular es importante resaltar que esta regla del CPACA, brinda a los funcionarios judiciales ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’, pues el hecho de llegar a decretar o denegar la medida que se solicita, no afecta la imparcialidad del juez ni compromete su capacidad de discernimiento para tomar incluso una decisión de fondo en sentido contrario al de la medida cautelar

No huelga poner de relieve entonces que quien solicita la adopción de una medida cautelar, tiene una carga argumentativa y probatoria por cumplir, de tal suerte que a partir de los razonamientos y medios de convicción expuestos en la solicitud, pueda el Juez establecer la necesidad y la pertinencia de adoptar la medida que se deprecia, sin necesidad de tener que realizar un esfuerzo analítico muy profundo, detenido y minucioso, como aquél que ha de efectuarse al momento de decidir de fondo la controversia. Con todo, lo importante es que a partir de los elementos de juicio y de los medios de convicción aportados con la solicitud, pueda inferirse la urgencia, la conveniencia o la necesidad de adoptar una medida

que permita asegurar el objeto del proceso y la efectividad de la decisión final que haya de dictarse. (Sentencia 11001-03-25-000-2016-00019-000034-16, Consejero ponente Gabriel Valbuena Hernández)

Se puede probar la utilidad en la práctica de las medidas cautelares innominadas, tal como sucedió en el auto del 15 de marzo de 2016 donde la Sala de lo Contencioso Administrativo decretó una medida cautelar innominada conservativa del *statu quo* respecto de los predios objeto de la controversia, en dicho auto es evidente cómo, frente a un caso inusual, es útil este tipo de medida.⁴³

Por último, es preciso validar frente a las decisiones tomadas en esta corporación que, para el Consejo de Estado, se justifica la existencia de un sistema de protección de medidas innominadas para salvaguardar los principios más esenciales del ordenamiento jurídico colombiano, de esta manera se evidencia en el Auto 11001-03-26-000-2015-00174-00 del 26 de febrero de 2016 que concede medida cautelar de carácter innominado, en el cual se manifiesta lo siguiente:

“Es preciso resaltar que el Código no establece un numerus clausus de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las

⁴³ Auto 11001-03-26-000-2013-00073-00(47316)
Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”. (Consejo de Estado de Colombia, 2016)

De tal manera que se puede adoptar la noción de medida cautelar innominada como la forma que genera mayor seguridad y la que nuestro ordenamiento jurídico implementó como forma de tutelar los derechos de las personas. Así pues, y de acuerdo con el análisis jurisprudencial realizado a lo largo de este apartado, para que sea procedente la implementación de una medida precautoria de carácter innominado, es menester satisfacer los siguientes requisitos: i) que se trate de “otra medida” ii) que se trate de procesos declarativos, iii) que se invoque a petición de parte, iv) que no exista prejuzgamiento, v) que se determine la necesidad, idoneidad y razonabilidad de la medida vi) que exista lo que se ha denominado como *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, así como vii) el *periculum in mora* o perjuicio de la mora, y que viii) el juez realice una ponderación de intereses.

1.3.4 Cuadro de criterios jurisprudenciales para la aplicación de las medidas cautelares innominadas en el proceso administrativo.

Criterio	Descripción
No prejuzgamiento	<p>la Corte Constitucional ha expresado que el juez debe evitar entrar en el campo del prejuzgamiento, porque si bien es cierto que las medidas cautelares buscan garantizar los derechos de quien las solicitan, en el eventual caso de obtener sentencia favorable, también es cierto que estas se imponen antes que la contraparte sea vencida en juicio, por lo que si no se decretan de forma adecuada, podría llegar a afectarse derechos de carácter fundamental de la contraparte, como lo son el debido proceso y el derecho de defensa.</p>
Ponderación	<p>El juez debe realizar un análisis en cuanto a la implementación teniendo como consideración la gravedad de la posible afectación de los derechos constitucionales del solicitante de no implementarse la medida precautoria, así como la afectación que se cause con la imposición de la medida a la contraparte. Es decir, la medida será procedente siempre cuando el demandante a través de diversos medios probatorios y argumentativos logre demostrar que sería más gravoso para el interés público el hecho de no adoptar la cautela.</p>

Necesidad, idoneidad y razonabilidad	<p>Este criterio se encuentra ligado a la motivación que debe contener la implementación de una medida cautelar de carácter innominado, en primer lugar, porque la medida no puede obedecer a arbitrariedades del juez. En segundo lugar, porque el juzgador debe obrar consultando la equidad, la razonabilidad, conveniencia y que se trate de una medida apropiada para garantizar los principios y derechos constitucionales de las partes, pues evidentemente, por ser innominadas, no existe criterios del orden legal para su imposición. Del mismo modo, se debe tener en cuenta que <i>la idoneidad</i> implica que la medida se adecúe a la situación con tal de evitar la situación que amenaza la vulneración del derecho. Por otro lado, <i>la necesidad</i> implica que, por tratarse de situaciones que aún no han sido decididas, sino que se trata de eventuales derechos que pueden ser reconocidos o no en el marco de un proceso jurisdiccional, se debe implementar única y exclusivamente aquellas medidas que eviten la vulneración del derecho, sin que estas ultimas sean lesivas de los derechos de las personas en contra de quien se imponen las cautelas. Finalmente, <i>la razonabilidad</i> consiste en realizar un juicio de intereses,</p>
---	---

	para determinar el grado de afectación y satisfacción de los principios confrontados.
Que se trate de “otra medida”	La jurisprudencia de las altas cortes es uniforme en resaltar que, para implementar una medida cautelar de carácter innominado, es menester que no se encuentre listada en las normas vigentes, puesto que los requisitos establecidos para el decreto de las medidas innominadas no pueden ser extensivos a aquéllas que ya han sido categorizadas e identificadas por la ley. Asimismo, porque la finalidad del legislador era dejar el espacio abierto a otras alternativas diferentes de las ya descritas de manera expresa.
<i>Fumus boni iuris</i>	Quien hace la solicitud de la medida cautelar debe demostrar el posible perjuicio, o allegar material probatorio que le permita al togado establecer la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Debe existir una “apariencia de un buen derecho”.
<i>Periculum in mora</i> (perjuicio de la mora)	Consiste en el análisis realizado por el juzgador en el cual se deben tener en consideración dos elementos, a saber: el tiempo de resolución del conflicto allegado a su conocimiento y la no satisfacción del derecho. Esto no significa otra cosa que si no se resuelve a tiempo el litigio, se verán de manera irremediabilmente afectados

	<p>los derechos del solicitante, por lo cual se hace imperioso adoptar una medida cautelar.</p>
<p>Debe tratarse de proceso declarativos</p>	<p>En materia contencioso administrativa, queda claro que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 229 de la ley 1437 de 2011, las medidas cautelares innominadas, tal y como se han venido analizando, son de procedencia exclusiva en el marco de los procesos declarativos.</p>
<p>Que sea rogada</p>	<p>De conformidad con lo que ordena el artículo 229 de la ley 1437 de 2011, el decreto de las medidas cautelares procede únicamente a petición de parte, salvo aquellos procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los cuales podrán ser decretadas de oficio.</p>

CAPÍTULO II. LA SEGURIDAD JURIDICA EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

La seguridad jurídica es un principio de la ciencia jurídica que se basa en la certeza del derecho o prestaciones jurídicas, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación⁴⁴, es por eso que es de gran importancia para este principio estar presente al momento de materializarse las medidas cautelares sea cual sea su naturaleza, pues como consecuencia de dicha seguridad es que se logra una real y verdadera aplicación de la sentencia al momento de ejecutarse.

Este capítulo abordará la seguridad jurídica y sus alcances, para posteriormente enfocarse en ésta y su relación con las medidas cautelares, así como su situación en el proceso contencioso administrativo.

2.1 Concepto de seguridad jurídica.

Para entender con mayor claridad la noción de seguridad jurídica que se ha de examinar, es posible iniciar con un análisis gramatical y literal de los términos y conceptos objeto del presente capítulo. Según la Doctrinante Mexicana Libia Reyes la Seguridad es una “Garantía que representa la organización estatal en orden al mantenimiento del derecho y a la consiguiente protección del individuo, nacional o extranjero.”⁴⁵ Partiendo de este concepto, es importante resaltar, que la existencia del ordenamiento jurídico y del Estado como garante es la premisa de que las personas

⁴⁴ Para tales efectos es *menester* recordar la sentencia C-250 de 2012 de la Corte Constitucional, la cual de manera acertada define dicho principio en los siguientes términos: *La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento.*

⁴⁵ Reyes, L. (2012). *Introducción al estudio del derecho*. 1st ed. Estado de México: Red tercer milenio S.C., p.67.

que se encuentren en el territorio que administra tal Estado tienen garantizado cierta seguridad, lo anterior lo confirma el autor de Los Principios Metafísicos del Derecho, Immanuel Kant, quien afirma que no habría certidumbre de poder hacer lo que pueda ser justo y bueno (de forma libre) si los pueblos no se convierten en Estado y, este, en un Estado puramente jurídico⁴⁶

La seguridad jurídica a la que se hace alusión en este acápite no solo es un término utilizado dentro del derecho, es además un principio, y esto quiere decir que tiene una connotación de superioridad dentro del ordenamiento y que el mismo, sin ser absoluto, es un mandato de optimización de gran peso al momento de realizar valoraciones jurídicas.

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra *principio* puede ser definida como un “*axioma que plasma una determinada valoración de justicia constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación*”⁴⁷, de igual manera, sobre el tema la doctrina constitucional en una de las sentencias hito más relevantes la Sentencia T-006 de 1992, ha determinado la importancia de los Principios Constitucionales:

Las normas de la Constitución son fundamentales en cuanto ellas expresan un mínimo de principios incuestionables e incontrovertibles que por su estabilidad y permanencia sirven de sustento a la comunidad. Esos principios son unos de naturaleza orgánica y procedimental y otros de contenido material. Los primeros señalan las tareas que el Estado debe cumplir, configuran las competencias e instituyen los órganos que las realiza; gracias a ellos se regulan los procesos de creación y aplicación de normas y solución de conflictos, estableciendo entre los órganos, mecanismos de coordinación y control a los abusos del poder. Los segundos consagran las metas del Estado, los principios y valores máximos de la sociedad y los ámbitos de libertad y derechos de los individuos y grupos. (Corte

⁴⁶ Kant, I. and LIZARRAGA, G. (1983). *Principios Metafísicos del Derecho*. Madrid: Administración, p.165.

⁴⁷ Se puede consultar esta definición en <http://dej.rae.es/>

Constitucional de Colombia, 1992)

De los principios se puede decir que han sido ampliamente estudiados y que tienen sus propias reglas para la aplicación, acción que permite que los jueces constitucionales puedan valorarlos y utilizarlos frente al derecho aplicable, otorgando una base al ordenamiento, frente a esto Lopera Mesa (2004) expresa lo siguiente:

Una de las claves del planteamiento de Alexy es la tesis de la vinculación necesaria entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, y el juicio de proporcionalidad: *“El carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquella”*. Ello significa que la máxima de proporcionalidad, con sus tres máximas parciales –adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación– se infiere lógicamente del carácter de principio, pero a su vez que aquellos definen lo que debe entenderse por *“optimización”*: así, los subprincipios de adecuación y necesidad se derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, mientras que el de proporcionalidad en sentido estricto orienta la optimización con relación a las posibilidades jurídicas. (pág. 213)

Se podría entender, entonces, que un principio se reduce a lo que el derecho debe ser, es la máxima de optimización que se debe alcanzar en la medida de lo posible, con el fin de materializar los ideales de justicia de una sociedad.

En este orden de ideas, el principio de seguridad jurídica, visto desde esta perspectiva, se entendería como aquel dogma que todo ordenamiento debe alcanzar con el fin de crear confianza

en las diferentes instituciones jurídicas.

Para que exista plena credibilidad en los sistemas jurídicos, estos deben permitir que aquellos sujetos que hacen parte de un Estado y a los cuales se les ha regulado su conducta a través de normas jurídicas, puedan conocer con certeza los efectos que dichas normas han de tener en cuanto su actuar, además de brindar protección efectiva a los mismos con respecto del uso arbitrario del poder estatal. La seguridad jurídica representa la exigencia a través de la cual todas las decisiones que se tomen en un Estado, por medio de sus diferentes agentes y desde las diferentes ramas del poder público, se encuentren en concordancia con las normas vigentes y de su implementación se pueda esperar un resultado previsible. De cierta manera la ciudadanía encuentra como poder público más cercano el judicial, en el sentido que por vía de esta autoridad, se le reconoce derechos y obligaciones a cualquier nacional o extranjero, de esta forma es factible evidenciar dentro de los colegiados judiciales la reiteración de la potestad en miras a la seguridad jurídica, tal como se advierte en la Sentencia Constitucional SU-354 de 2017, donde se predica que *“La uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces permite, entonces, que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales”*⁴⁸. Por lo que se debe predicar que cada decisión judicial cuenta con la adecuada seguridad jurídica para con el administrado, lo anterior tiene sentido en la obra, *“el Juez debe inclinarse por la que produzca el resultado más justo y resuelva de fondo la controversia dando prevalencia al derecho sustancial (C.P. Preámbulo, arts. 2 y 228)”*⁴⁹

Para que una sociedad respete las normas impuestas por un ente superior, es necesario demostrar un mínimo de seguridad, esto para evitar a toda costa la desconfianza en el administrador

⁴⁸ Corte Constitucional Sentencia SU-354 de 2017 M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo

⁴⁹ Corte Constitucional Sentencia T-006 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

y por ende un caos social, de esta manera el legislador debe procurar impregnar seguridad en cada normativa que exista. Para el ser humano la necesidad de un poco de certeza en su día a día genera, tanto en el plano personal y como el profesional, satisfacción, de la misma manera en el mundo jurídico se intenta plasmar una confianza básica frente a quienes necesiten accionar el sistema jurídico para alcanzar un derecho, y es por esta razón que se ha acuñado el término *seguridad jurídica*, cuando de acuerdo con las normas legales y la jurisprudencia, es posible vislumbrar, con cierto grado de certeza, los efectos en derecho que tienen a futuro los actos realizados en el presente.

La seguridad jurídica es uno de los cimientos esenciales de los ordenamientos jurídicos modernos, en la medida que este principio es el que hace posible creer y confiar en las diferentes disposiciones normativas, jurisprudencia, instituciones y, finalmente, en el mismo Estado, y es por eso que, con acierto, el filósofo jurídico *Gustav Radbruch* consideraba la seguridad jurídica y la justicia como pilares fundamentales de cualquier ordenamiento jurídico (Leawoods, 2000, pág. 493).

La seguridad jurídica es reconocida internacionalmente como un requisito⁵⁰ fundamental para la formación y existencia del Estado Social de Derecho. Este principio se encuentra consagrado de forma implícita en el preámbulo de la Constitución Política colombiana, cuando dispone que el fin del Estado es “*asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo*”⁵¹, viéndose de igual forma este principio en los artículos 2, 4, 5 y 6 constitucionales.

⁵⁰ “*La seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad*” Sentencia C-549 de 1993 M.S. VLADIMIRO NARANJO MESA

⁵¹ Constitución Política, 1991, preámbulo

Es así, entonces, que la seguridad jurídica, de forma general, se concibe como la garantía que el Estado, a través de sus normas e instituciones, proporciona a los administrados; permitiéndoles gozar de una estabilidad en sus relaciones jurídicas. Esto anterior coincide plenamente con lo sostenido con la Corte Constitucional, en sentencia del año 2002, en la cual puntualiza que la seguridad jurídica es:

... un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. (Sentencia T-502)

Continúa la Corte, frente a tal decisión precisando que:

En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado.

Del mismo modo, en concordancia con Alterini, la seguridad jurídica se puede ver desde tres puntos de vista: la seguridad por medio del derecho, la seguridad como certidumbre del derecho y la seguridad como estabilidad del derecho.

La seguridad por medio del derecho consiste en la garantía dada por el ordenamiento jurídico de la protección de los derechos y de la sanción a sus transgresores; la seguridad como certidumbre del derecho consiste en la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona y la convicción fundada de su respeto; y la seguridad como estabilidad del derecho implica la existencia de un sistema legislativo ordenado en el cual las normas jurídicas son creadas por un órgano competente sujeto a procedimientos reglados, de manera que los cambios sean razonables y previsibles (Alterini, 1993)

Por otro lado, este principio también otorga certeza en cuanto al momento en el que se resuelve el asunto sometido a la jurisdicción, en vista de que las normas, sean constitucionales o legales, establecen términos dentro de los cuales se entiende que producen efectos jurídicos. En esta medida, se materializa este principio en términos de caducidad de las acciones, causación de derechos, prescripción, duración de los procesos, adopción de decisiones, etc. frente a los cuales, accionantes y accionados conocen de antemano su duración y efecto. Y es aquí, donde es importante resaltar el papel que cumplen las medidas cautelares, puesto que, en ocasiones se conoce que la solución de un proceso puede tardar mucho tiempo, lo suficiente para que, al momento de dictar sentencia, el fallo no sea ejecutable, siendo así entonces necesaria cautelas previas.

En conclusión, el concepto de seguridad jurídica es tan amplio como en el derecho se amerita para que, en consecuencia, el administrado que busque el reconocimiento de un derecho tenga la confianza en el Estado Social de Derecho, que tenga plena certeza de que sus intereses serán velados y que, por lo mismo, encuentre en la norma jurídica una garantía que opere a su favor. Las medidas cautelares buscan en su esencia la salvaguarda del derecho en disputa, lo que la convierte en el arma de la seguridad jurídica que busca el Estado a través del legislador, quien

promueve el éxito de materialización de una sentencia judicial.

2.1.1 Características y exigencias de la seguridad jurídica

La seguridad jurídica, así definida, cuenta con ciertas características que hacen posible garantizar ese nivel de certeza anhelado en los diferentes ordenamientos jurídicos. Es así como se logra ver que la seguridad jurídica implica, en primer lugar, publicidad de las normas, puesto que los administrados deben conocer cuáles son las leyes vigentes dentro del sistema jurídico para así poder prever las consecuencias de conformidad con su aplicación. Naturalmente, esta condición se cumple mediante la publicación y notificación de las mismas, y de allí se determina su exigibilidad. Se logra vislumbrar en lo anterior que este es un principio que se consolida con mayor fuerza en el derecho positivo, es decir, que se encuentre establecido en normas escritas. Pero no solamente se limita a la publicidad de las normas jurídicas, sino también de las decisiones judiciales.

Acertadamente, el constituyente colombiano estableció en el artículo 228 del texto constitucional que las actuaciones y decisiones de la administración de justicia, salvo ciertas excepciones, serán públicas y permanentes⁵². Y en esta última parte, cuando la Constitución habla de permanencia, también se alude a la seguridad jurídica, dado que las decisiones en derecho deben ser duraderas⁵³, es decir, no deben presentarse variaciones so pena de violentar el principio de cosa juzgada, y esta solo es posible su variación en casos excepcionales.

La seguridad jurídica supone, en segundo lugar, demarcar reglas claras y precisas, esto es, la ley u otras normas jurídicas deben ser precisas, claras e inteligibles y no pueden ser ambiguas o

⁵² Constitución Política Colombiana, 1991, artículo 228

⁵³ Se habla de duraderas y estables, mas no de perpetuas en el tiempo, puesto que el derecho tiende a variar de acuerdo con los diferentes contextos sociológicos

que se presten para múltiples aplicaciones. Una disposición ambigua, que permita diferentes interpretaciones podría ser aplicada arbitrariamente por la administración o por los jueces, desafiando la seguridad jurídica y el principio de igualdad. Esto, en palabras de García Manrique (2004) significa que “... *el derecho debe ser preciso, es decir, tiene que estar basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la buena fe o el de las buenas costumbres*”.

En tercer lugar, la seguridad jurídica significa limitar los efectos de la retroactividad, es decir, retroceder en el pasado. Un alcance retroactivo a los actos de alcance general o individual o a las decisiones jurisdiccionales, obviamente, amenaza la seguridad jurídica, es por esta razón que también se podría afirmar que el principio de seguridad jurídica va de la mano con el concepto de cosa juzgada, en la medida que cuando una situación ha sido resuelta, no se ha de modificar el contenido de la decisión judicial que la resolvió, por regla general.

Finalmente, el principio de seguridad jurídica también se manifiesta a través de la responsabilidad de la administración de origen contractual o extracontractual, o como resultado de actos administrativos, o fallas en el servicio derivadas de hechos, operaciones o ejecuciones del Estado, que vulneran el principio de igualdad de las cargas jurídicas o extinguen expectativas legítimas⁵⁴, pues los administrados tienen la certeza que el Estado también está sujeto a derecho y susceptible de ser enjuiciado y declararse responsable en razón de sus acciones, omisiones o extralimitaciones.

Según García Manrique, haciendo referencia al pensamiento de Radbruch y otros autores, la seguridad jurídica en sí misma envuelve las diferentes cualidades que tiene el derecho, por lo

⁵⁴ Estas últimas implican que la administración debe respetar las esperanzas jurídicas que ha podido crear en los individuos derivadas de su actuar o del pasar del tiempo, esto anterior tiene como consecuencia, por ejemplo, que el Estado no modifique situaciones de derecho de manera impredecible, brusca o repentina, sin prever medidas transitorias, que sean conocidas por las personas a quienes se les afectará.

que:

Conviene observar que todas las exigencias de la seguridad jurídica se traducen en cualidades formales del derecho, de manera que la seguridad jurídica es aparentemente compatible con cualquier contenido que las normas jurídicas puedan tener, a salvo de las que, precisamente, establecen la forma del propio Derecho mediante la regulación de sus procesos de creación, interpretación y aplicación. [...] Pérez Luño, quizá con excesivo rigor, ha acusado a Radbruch de basar la seguridad jurídica exclusivamente en la positividad del Derecho; Norberto Álvarez hace notar la ausencia de referencias a los principios de jerarquía normativa, no retroactividad o fuerza de cosa juzgada, aunque más benévolamente opina que Radbruch no elude estos requisitos. Ocurre, simplemente, que no se refiere a ellos de forma explícita. Lo hace, sin embargo, implícitamente. Ambos, en todo caso, consideran insuficiente el tratamiento de la cuestión que ofrece Radbruch; siendo cierto habrá que pensar que no estaba interesado tanto en listar exhaustivamente los elementos del Derecho que favorecen la seguridad jurídica (tarea harto difícil, por cierto), cuanto en afirmar su cualidad de valor del Derecho. (Radbruch y el valor de la seguridad jurídica, 2004, pág. 267)

Otros autores como Pérez Luño, manifiestan que la seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado al Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de lo que él denomina *corrección estructural* (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y *corrección funcional* (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). En este sentido, precisa que

Respecto a las condiciones de corrección estructural suelen aducirse las siguientes: a) *lex promulgata*, ya que la promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar a conocimiento de los destinatarios y, en consecuencia, no podrían cumplirla; b) *lex manifesta*, referida a la necesidad de que las normas puedan ser comprensibles y eludan las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras que puedan confundir a los destinatarios. La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho: c) *lex plena*, el principio *nullo crimen nullá poena sine lege* garantiza que no se producirán consecuencias jurídicas penales para las conductas que no hayan sido previamente tipificadas. Pero correlativamente implica que ninguna conducta criminal, o, en una acepción más amplia, ninguna situación o comportamiento susceptible de revestir trascendencia jurídica, carecerá de respuesta normativa. Un ordenamiento con vacíos normativos (lagunas) e incapaz de colmarlos incumpliría el objetivo que determina su propia razón de ser: ofrecer una solución, con arreglo a Derecho, a los casos que plantea la convivencia humana; d) *lex stricta*, corolario de la división de poderes, reputada a partir de Montesquieu principio informador del Estado de Derecho, se reserva a la ley, en cuanto norma general y abstracta promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del estatus jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...). Esta cláusula de garantía tiene su complemento en el principio de jerarquía normativa por el que se establece un orden de prelación de las fuentes del Derecho, que impide la derogación, modificación o infracción de las normas de rango

superior por aquellas que les están subordinadas; e) *lex previa*, porque se ha indicado que, así como para la concepción positivista Comtiana, la ciencia consiste en la previsión que se introduce en el conocimiento de la realidad, según la vieja máxima: *savoir c'est prévoir*, el Derecho a través de sus normas introduce la seguridad en la vida social al posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos; f) *lex perpetua*, ya que la estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido. (La seguridad jurídica una garantía del derecho y la justicia, 2000, págs. 28,29)

Más allá de las características propias de este amplio concepto, es *menester* precisar que la singularidad que representa es la oportunidad de que la celeridad no sea una premisa necesaria para esperar la protección o reparación de los derechos incoados, es decir, que la seguridad jurídica va más allá de una promesa de agilidad, es un compromiso de que existirá una materialización al momento en el que llegue la sentencia, esto implica entonces que, a pesar de que la vía jurisdiccional pueda retardarse, de igual forma al accionante se le conceden las herramientas jurídicas necesarias para que en sus manos utilice la bien llamada tutela cautelar que permite al finalizar el proceso una justa recompensa.

2.1.2 La seguridad jurídica y su alcance a nivel internacional

La mayoría de las naciones europeas consideran la seguridad jurídica como una característica fundamental de los sistemas jurídicos y un requisito esencial para la existencia del Estado Social de Derecho. El concepto de seguridad jurídica puede ser encontrado en el derecho consuetudinario inglés (así como en los sistemas de tradición *Common Law*) como *Legal*

Certainty, este se interpreta como el principio general que concibe que las leyes se deben hacer de manera tal que las personas puedan cumplirlas⁵⁵. También se reconoce este principio en todos los sistemas jurídicos de tradición *Civil Law* europeos, el concepto se reconoce en Alemania como *Rechtssicherheit*, en Francia como *Sécurité Juridique*, en Italia como *Certezza del Diritto*, y en Suecia como *Rättssäkerhet*.

La seguridad jurídica es reconocida como uno de los principios generales del derecho comunitario europeo y exige que todas las normas sean lo suficientemente precisas para permitir que la persona prevea, en un grado razonable de acuerdo con las circunstancias jurídicas y fácticas, las consecuencias que puede conllevar una determinada acción⁵⁶. El principio de Seguridad Jurídica exige que las leyes, decisiones judiciales y demás normas jurídicas deben hacerse públicas, además deben ser claras y con un alcance determinado. Por otro lado, las decisiones de los tribunales, así como su jurisprudencia, deben considerarse vinculantes. Finalmente, se debe entender que, conforme a este principio, la retroactividad de las normas y decisiones jurisdiccionales debe ser limitada con el fin de proteger los intereses jurídicos y las expectativas legítimas de las personas⁵⁷.

De hecho, la consagración del principio de seguridad jurídica como uno de los fines mismos de los Estados, data de mucho tiempo atrás, un claro ejemplo de ellos es la Declaración de derechos de Virginia de 1776 que proclamó: “que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de

⁵⁵ Maxeiner, J. (2008). Some realism about Legal Certainty in the globalization of the Rule of Law. *Houston Journal of International Law*, 31, 27-46. Recuperado el 15 de septiembre de 2018 a las 20:00, de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1230457

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 32

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 32

la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”⁵⁸

Por otro lado, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando precisa que “la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”⁵⁹

También se puede encontrar una regulación reciente de la seguridad jurídica en el ámbito internacional en distintos instrumentos que versan sobre derechos humanos, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo tercero, o el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en su artículo quinto, que establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”⁶⁰.

En el caso colombiano y el de los países latinoamericanos, de igual forma, se ha considerado la seguridad jurídica como un principio general del derecho que le garantiza a los habitantes del Estado que su persona, bienes y derechos, no serán vulnerados o, de ser así, que se le asegure una reparación integral de los mismos.

Marinoni (2012) advierte que, en países como Brasil, la seguridad jurídica se traduce como aquella estabilidad, continuidad y previsibilidad de las consecuencias en derecho de las conductas de los individuos y además es el cimiento fundamental del Estado de Derecho. Señala el mismo autor, que a pesar de no contar con una definición de carácter explícito en normas de alcance regional como la Declaración de Derechos Humanos de la ONU o la Convención Americana de

⁵⁸ Declaración de derechos de Virginia de 1776, artículo 1, sección primera. Encontrado el 2 de febrero de 2019 en <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>

⁵⁹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículo 2°, se puede consultar en https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

⁶⁰ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, 1950, artículo 5°. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

San José de Costa Rica, el principio de seguridad jurídica es inherente y propio de los estados latinoamericanos, indicando que:

La seguridad jurídica, vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la conformación de un Estado que pretenda ser "Estado de Derecho". Aunque las Constituciones, en general, y las Cartas de derechos humanos fundamentales -como, por ejemplo, la Declaración de Derechos Humanos de la ONU y la Convención Americana de San José de Costa Rica- no aludan a un derecho a la seguridad jurídica, el constitucionalismo de nuestros tiempos es consciente de que un Estado de Derecho es indisoluble de esta garantía. La doctrina considera la seguridad jurídica como expresión del Estado de Derecho, confiriendo a aquella la condición de subprincipio concretizador del principio fundamental y estructurador del Estado de Derecho. Así, la seguridad jurídica asume las figuras de principio del orden jurídico estatal y de derecho fundamental. La Constitución brasilera se refiere a la seguridad como valor fundamental, enlistándola [...] como derecho inviolable, al lado de los derechos a la vida, libertad, igualdad y propiedad. Aunque no se hable de un derecho fundamental a la seguridad jurídica, la Constitución Federal posee innumerables dispositivos que la tutelan, como los incisos II (principio de legalidad), XXXVI (inviolabilidad del derecho adquirido, de la cosa juzgada y del acto jurídico perfecto), XXXIX (principio de legalidad y anterioridad en materia penal) y XL (irretroactividad de la ley penal desfavorable) del art. 50. El Estado brasilero, además de tener el deber de tutelar la seguridad jurídica, debe realizar sus funciones de modo a prestigiarla, estando prohibido de practicar actos que la renieguen. (págs. 250,251)

En el caso de Costa Rica, en sus sentencias judiciales se observa el tratamiento dado al principio constitucional del que estamos tratando, en relación con las medidas cautelares innominadas y que en tal ordenamiento jurídico son llamadas medidas atípicas. Murillo (2007) indica que no se puede aplicar todo tipo de medida cautelar atípica, precisamente porque esto iría en contra de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada. Lo anterior, manifiesta el autor, puede presentarse, por ejemplo, en el caso de las medidas cautelares atípicas que versen sobre la suspensión de sentencias dictadas en otros procesos. En un mismo sentido, el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda de Costa Rica, el cual es su máxima institución contenciosa, señala que en fallos como el de un desahucio, de un interdicto o de una competencia desleal quede en suspenso por una medida cautelar atípica, serían decisiones inoperantes y que se pueden volver en contra de los implicados, por lo que manifiesta que, “acoger la medida que se pide, constituiría un claro atentado al principio constitucional de seguridad jurídica, y a la vez, abriría un peligroso portillo legal para enervar, a través de medidas cautelares atípicas, los efectos de la más variada gama de resoluciones judiciales”⁶¹

En cuanto a la legislación de la República de Argentina, la seguridad jurídica también es un principio preponderante bajo el cual argumentan sus decisiones. Es evidente la aplicación de este principio, por ejemplo, cuando frente a un caso de tributos para el periodismo argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomó la decisión de denegar la petición de una cautela de carácter innominado cuya petición radicaba en suspender las acciones que se iban a realizar con un dinero del presupuesto, en este sentido se negó porque la misma constituiría una falta de seguridad frente a un conglomerado mayor, sobre este tema se dice lo siguiente:

“la vulneración de la garantía de la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima

⁶¹ Tribunal Contencioso Costa Rica, Sección Segunda, voto número 287-2003 de las diez horas cinco minutos del cuatro de junio del dos mil tres.

afirman que la omisión del Estado en adoptar la "solución alternativa" comprometida en el decreto 746/03 violenta el principio de seguridad jurídica y desconoce la confianza depositada por los actores del sector en que se contemple su situación, que la propia Administración había reconocido como perjudicial para su subsistencia” (Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina, 2014).

Del mismo modo, y a pesar de no encontrarse el principio de seguridad jurídica consagrado de manera explícita, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de forma reiterada ha señalado que los procedimientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos deben llevarse adelante bajo el respeto al principio de seguridad jurídica y ha manifestado este tribunal que “la seguridad jurídica exige que los Estados sepan a qué atenerse en el procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”⁶²

2.2 La seguridad jurídica y la actividad jurisdiccional

El jurista y filósofo español Manuel Atienza ha sostenido que “por seguridad jurídica en sentido estricto debe entenderse la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros, los valores de libertad e igualdad. Esto quiere decir que la seguridad —en este tercer nivel, que presupone los anteriores— se concibe esencialmente como un valor adjetivo respecto de los otros dos que componen la idea de justicia. Entendida de esta forma, creo que puede evitarse un uso ideológico de la expresión seguridad jurídica que se basa precisamente en la substanciación de este concepto” (Atienza, 1985)

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de Noviembre de 2010). CASO GOMES LUND Y OTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL. CIDH.

En efecto, una de las tareas esenciales de la práctica del derecho es resolver los problemas que se presentan día a día dentro de una sociedad y es el Estado, en virtud de la facultad que le dan los administrados a través de la figura del *contrato social*⁶³, quien debe resolver estos conflictos de forma imparcial; es allí donde aparece el poder jurisdiccional, para juzgar y decidir acerca de la resolución de dichos litigios, así como para ejecutar y hacer cumplir sus decisiones, haciendo posible alcanzar un orden justo.

Para poder hablar de “derecho” en un sentido material, se requiere de un mínimo de contenido de justicia; a su vez, no habrá justicia si las decisiones tomadas por los operadores jurídicos no son la materialización del derecho sustancial, previsible hasta cierto punto, a través del análisis de situaciones fácticas y jurídicas que se dan en el día a día de las sociedades, puesto que de esta forma se conjugaría el derecho escrito en la práctica, generando para todos los administrados un sentimiento de seguridad jurídica.

Desde nuestra constitución política podemos encontrar la relación que existe entre el derecho fundamental a la seguridad jurídica y la labor jurisdiccional, partiendo desde el poder que se le confiere al legislador para regular tanto la parte sustancial, es decir los derechos de cada individuo y la parte procesal, que es la forma de accionar el aparato judicial y garantizar que los derechos fundamentales prevalezcan. Si entendemos la seguridad jurídica como una forma de garantizar los derechos subjetivos, comprendemos igual que se necesita un órgano encargado para la corrección de acciones que pueden ir en contravía del ideal social. La Seguridad jurídica significa, en consecuencia, una correlación entre el juez que decide un proceso y los derechos, que como es el caso de un acceso material a la administración de justicia y la seguridad jurídica, se

⁶³ De acuerdo con las teorías contractualistas, las personas dentro de una sociedad renuncian a parte de sus derechos y libertades con el fin de recibir por parte del Estado, como manifestación de una *voluntad general*, la seguridad, protección, administración de justicia y garantía de derechos mínimos consagrados en normas creadas para ese fin.

tratan de derechos fundamentales de los ciudadanos. Es relevante mencionar, como corolario de lo anterior, que la seguridad jurídica no depende únicamente de la literalidad de la norma o la certeza que esta proporcione, sino que también depende de las vías procesales necesarias para conceder o restaurar derechos, es decir, de la materialización de las decisiones jurisdiccionales.

Se puede evidenciar la seguridad jurídica en las decisiones judiciales con la existencia de cosa juzgada⁶⁴, con el hecho de que las decisiones jurisdiccionales presten mérito ejecutivo, o con la siempre palpitante necesidad de proteger los derechos fundamentales de las personas (lo cual es un objetivo medular del Estado Social de derecho) y es precisamente en este punto en que la seguridad jurídica se vuelve parte esencial de la actividad jurisdiccional, en el entendido que es a través de las decisiones de los jueces que se logra materializar la defensa de los derechos y principios consagrados en las disposiciones constitucionales y legales, asegurando de manera efectiva el cumplimiento del derecho sustancial.

2.3 La seguridad jurídica y las medidas cautelares en el contexto contencioso administrativo.

Ahora bien, es posible imaginar un sistema jurídico en el que se pueda acudir a los jueces de manera sencilla, en el que se apliquen decisiones uniformemente por parte de los operadores jurídicos, de conformidad con las normas sustanciales; pero en el que no existan plazos expeditos para dictar sus providencias. Un sistema jurisdiccional que difiere por mucho tiempo la decisión de lo que corresponde a cada una de las partes en pugna, compromete de forma inevitable la

⁶⁴ La seguridad jurídica puede manifestarse de diferentes formas pero la más notoria es cuando una situación hace tránsito a cosa juzgada, significa que La autoridad que profirió la decisión no podrá pronunciarse en el futuro sobre lo que decidió es la regla general, y la excepción cuando las circunstancias especiales del ordenamiento jurídico lo permiten como cuando se da paso a la revisión, y la nulidad de las actuaciones, se pone en duda la certeza de los procedimientos establecidos en un determinado ordenamiento jurídico, vulnerando principios y derechos fundamentales. (Mosquera Ortíz, 2015)

efectividad del derecho sustancial, aunque en algún momento se termine acogiendo el reclamo que en justicia corresponde. Cabe subrayar que la seguridad jurídica está interesada en la oportunidad de esa resolución y en la aplicación efectiva de dicho fallo. Es válido mencionar, en este punto, que una de las principales críticas al sistema jurisdiccional colombiano, y en especial a la justicia contencioso-administrativa, es precisamente la morosidad, por lo que las medidas cautelares son la herramienta judicial con la que cuentan las partes y el juez para salvaguardar de manera transitoria el objeto del litigio.

Para que la seguridad jurídica sea alcanzable, es menester que los derechos cuya existencia y protección son declaradas por el ordenamiento puedan hacerse efectivos, no solo conocer la fecha en la que se profiere sentencia sino tener la seguridad del cumplimiento de un fallo eventual judicial que los resguarde. Sobre el tema, Gonzáles Varas Ibañez, citado por (Campo Cabal, 1997) manifiesta lo siguiente:

Las medidas cautelares deben lograr la adecuación tiempo-resolución del fallo, corrigiendo ese desfase o inadecuación temporal del momento del fallo con la realidad jurídica que resuelve, a los efectos de lograr una justicia administrativa plena y eficaz. De poco vale que se reconozca a un sujeto un derecho si ello ocurre en un momento en el cual el fallo ya no sirve para su resarcimiento efectivo, o, igualmente, si se le concede una indemnización por los daños causados cuando en realidad no deberían haberse causado los daños si cautelarmente se le hubiera mantenido en su posición jurídica del momento en que plantea una pretensión cautelar. (pág. 55)

Es por lo anterior que la Seguridad Jurídica tiene una relación directa con las medidas

cautelares, pues la necesidad de preservar este principio conlleva a la solicitud de cautelas, con la única finalidad de salvaguardar los derechos transitoriamente, y que el juez en su labor discrecional comprenda la utilidad que pueden prestar tales medidas.

La eficiencia del aparato judicial está dada por la prontitud con la cual sean protegidos los derechos en el curso de los procesos tramitados ante la jurisdicción, de tal suerte que la dilación en la solución de las actuaciones hace que en la praxis el reconocimiento de derechos establecido en las sentencias sea superfluo, debido a la imposibilidad de hacerlos exigibles una vez expedido el fallo.

Con el fin de evitar una situación en la que la providencia judicial no se pueda hacer exigible, sino que, por el contrario, se garantice su cumplimiento, se presentan las medidas cautelares como la herramienta para sortear el riesgo de que la justicia se vuelva ineficaz (pues de esa forma la justicia perdería su esencia). Es decir, lo que se busca es que el día que se profiera el respectivo fallo, se pueda exigir y hacer efectivo. Por otro lado, tomando las palabras del maestro Calamandrei, citado por Chinchilla Marín (1991):

“las medidas cautelares concilian las dos exigencias de la justicia: la celeridad y la ponderación. Entre hacer las cosas (otorgar justicia, en este caso) pronto, pero mal, o hacerlas bien, pero tarde. Las medidas cautelares piensan sobre todo en hacerlas pronto, dejando el problema del bien y del mal a las reposadas formas del proceso ordinario”. (pág. 16)

De lo dicho por el doctrinante Calamandrei se pueden extraer dos conclusiones importantes a saber: primero, las medidas cautelares son una manifestación de la actividad jurisdiccional del Estado, puesto que buscan alcanzar el ideal de justicia y; segundo, su existencia está ligada a un proceso llevado ante la jurisdicción, puesto que lo que busca es amparar el resultado de un fallo.

Es importante señalar que las medidas cautelares no son idénticas en cuanto a su estructura y su alcance, por el contrario, son diferentes en cuanto al procedimiento implementado para su aplicación o en cuanto a los efectos jurídicos que pudieren generar. No obstante, todas cuentan con núcleo común y es su finalidad: buscan conservar una situación de hecho o de derecho desde antes de declararse el resultado de un proceso llevado ante los entes jurisdiccionales, para finalmente satisfacer lo plasmado en la sentencia. El utilizar la medida cautelar genera al solicitante una seguridad importante al momento de rogar al ente judicial el reconocimiento de unos derechos que en teoría le corresponden.

En consecuencia, se puede afirmar que las medidas cautelares son mecanismos propios del proceso, que se implementan de forma autónoma, porque independientemente de si se otorga o no el derecho solicitado, se puede implementar la respectiva medida cautelar, únicamente cumpliendo con los requisitos estipulados en la ley.

Esto de otra forma quiere decir que la medida cautelar no está supeditada a la existencia real de un derecho sustancial, sino a la simple apariencia de un buen derecho o *fumus boni iuris* como se le ha denominado por la doctrina. Por lo tanto, no se podría comparar la medida cautelar con garantías reales o personales que tienen exclusivamente un carácter accesorio, puesto que, de no existir una relación principal, éstas tampoco surgirían a la vida jurídica. Al respecto, Restrepo Medina señala lo siguiente:

En efecto, ello es así porque si bien no puede negarse que las medidas cautelares tienen un carácter instrumental, el ejercicio de la acción cautelar no es contemporáneo del derecho principal, a quien la ejerce no puede oponérsele la inexistencia de este último y la oposición a la medida cautelar se funda en la ausencia de alguno de sus presupuestos propios, que son independientes del derecho principal. En otras palabras, la facultad de obtener la

cautela no es accesoria del derecho material, ya que la medida se puede lograr sin que en ese momento se sepa si se obtendrá la pretensión, pero su estructura sí se encuentra vinculada al proceso principal. (Restrepo Medina, 2005, pág. 193)

Justamente es esa característica la que hace que la medida cautelar vaya de la mano con el principio de seguridad jurídica, pues para garantizar el resultado del fallo y calcular los posibles resultados jurídicos no se requiere demostrar primero la existencia del derecho; pues de ser así, esto podría resultar perjudicial para quien resulte favorecido por la sentencia, dado que, conociendo el resultado desfavorable, el demandado podría practicar maniobras para eludir el cumplimiento de esta.

Finalmente, es de resaltar que en materia contencioso administrativo existen algunos trámites previos como lo son el agotar los recursos ante la administración o la conciliación como requisito de procedibilidad, la cual afecta la celeridad, y esto a su vez dificulta la petición de las medidas cautelares, al carecer el demandante de acceso directo a los tribunales, es decir, a realizar la petición directamente al operador jurídico de aplicar medidas cautelares (Chinchilla Marín C. , 1991)

El capítulo XI sobre Medidas Cautelares del TÍTULO V nombrado *DEMANDA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* de la Ley 1437 de 2011 contiene el sustento para predicar que tales acciones cautelares sirven para la salvaguarda de los derechos de los solicitantes en los procesos contenciosos a los que hace alusión el CPACA. Como se puede notar, el primer artículo de la norma mencionada previamente, artículo 229, incluye en su contenido, que las acciones cautelares sirven para garantizar y proteger el objeto del litigio; por tal motivo, es admisible sustentar que las medidas cautelares garantizan, en cierta medida, un nivel de Seguridad

Jurídica para aquellos que asisten a la jurisdicción en busca de que se les reconozca un derecho o accedan a sus pretensiones. Esto es apenas lógico, puesto que el fin de la seguridad jurídica y el de las medidas cautelares en materia contenciosa es común: crear confianza en la sociedad y en los procesos contra el Estado.

La seguridad jurídica es un principio más que necesario en las relaciones litigiosas entre particulares y el Estado, dado que el particular, quien se encuentra en clara inferioridad frente a la omnipotencia de los órganos estatales, debe contar con un resguardo que edifique la confianza que se debe tener en la jurisdicción y en el derecho. Cabe decir que la medida cautelar ayuda al aparato jurisdiccional a crear justicia, incluso desde antes que el proceso finalice.

Es por lo anterior que el legislador avala las medidas cautelares innominadas, con miras a garantizar, en la mayor medida posible, la materialización de la decisión que se llegue a adoptar en la sentencia judicial; y es por esa misma razón que al solicitante se le obliga a prestar una caución, pago o contracautela; pues la medida cautelar debe contener en sí misma la seguridad para ambas partes.

Es importante analizar las palabras dadas por el profesor Parra Quijano (2013), quien al analizar el tema de la seguridad jurídica, citando al tratadista Marioni, determinó que:

si se hace referencia al derecho sustancial, a su seguridad, ello supone en determinados casos “la tutela de los derechos mediante la medida cautelar anticipatoria y a la seguridad de la tutela del derecho material que se encuentra eventualmente amenazado de lesión en el curso del proceso”. (pág. 306)

Las medidas anticipatorias no buscan otra cosa que la seguridad, el cumplimiento, la

verdadera materialización de las decisiones judiciales sean cual sea su etapa, esto siempre encuadrado en los criterios de proporcionalidad y racionalidad.

De la misma manera, no podemos hablar de seguridad jurídica sin tener de por medio el principio de cosa juzgada, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-153 de 2002, en la cual se establece:

La cosa juzgada constitucional implica, en principio, que el pronunciamiento efectuado por la Corte no puede ser objeto de un nuevo debate o revisión. En este sentido resulta innegable la íntima conexión de este principio con el de la seguridad jurídica, puesto que la cosa juzgada garantiza a la sociedad la certeza sobre el significado y alcance de las determinaciones adoptadas por la Corte Constitucional.

(Corte Constitucional de Colombia, 2002)

De igual forma, esta misma Corporación, en sentencia T-662 de 2013, puntualiza aún más en el concepto de seguridad social como un principio que garantiza fines del Estado:

Por una parte, la seguridad jurídica es un principio que no solo favorece a que las relaciones jurídicas no permanezcan indefinidas en el tiempo sino además, garantiza la paz social de tal forma que las personas no tengan que acudir a medios de hecho para obtener justicia. En ese sentido, evita, nuevamente, la justicia por propia mano y fortalece la confianza de los ciudadanos hacia el Estado. (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

Ahora bien, el maestro Radbruch, citado por Ossa (2002), plantea una situación trascendental

en la materia, y es la extrapolación de la justicia y la seguridad jurídica, diciendo este:

“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia. (pág. 41)

Amén de lo anterior, la sentencia C 500 de del 2001 de la Corte Constitucional, nos plantea la importancia de la seguridad jurídica, además considera la Corporación que es de este valor del cual se justifican figuras como la caducidad, en la medida en que están buscan reafirmar aquella estabilidad del derecho y la no impredecibilidad de las situaciones jurídicas de los individuos que hacen parte del Estado. Sostiene que

La seguridad jurídica es uno de los valores fundamentales del derecho. La filosofía del derecho enseña que al lado del bien común y de la justicia el otro valor fundamental es el de la seguridad jurídica; solo a la luz de este valor podemos entender instituciones vitales para el derecho como son la caducidad de las acciones o la prescripción de los derechos y de los delitos; sólo la seguridad permite entender instituciones como la cosa juzgada que buscan darle firmeza al derecho y tranquilidad a los ciudadanos.

Así, la seguridad jurídica como valor, como principio o como derecho fundamental, se torna como un común denominador, al generar una paz social mediante un *statu quo* en las decisiones

judiciales, es decir, que las mismas no varíen de manera intempestiva o imprevisible; y aunado a lo anterior, encontramos entonces que las medidas cautelares son un medio que sirve para proteger dicha estabilidad o certeza del derecho.

Doctrinantes como Restrepo Medina (2005), traen una definición más concreta de seguridad jurídica y además abren el espacio a una justificación de las medidas cautelares, diciendo, primeramente, que seguridad jurídica es:

La exigencia de seguridad es propia de la condición humana, vista ella como el saber a qué atenerse, el tener un grado de certeza y estabilidad en una determinada situación generadora de confianza, y que se opone a sensaciones angustiantes de incertidumbre, intranquilidad y falta de protección.

[...] Para que la seguridad jurídica sea alcanzable, es menester que los derechos cuya existencia y protección son declaradas por el ordenamiento puedan hacerse efectivos, aun en contra de aquellos que pretendan desconocerlos o controvertirlos, para lo cual se hace necesaria la intervención del aparato judicial. No obstante, la eficacia de la administración de justicia depende de la celeridad con la cual sean protegidos los derechos dentro de los procesos tramitados por aquélla, de manera que las demoras en la tramitación de estas actuaciones hacen que en la práctica el reconocimiento efectuado en las sentencias sea inútil. (págs. 3,5)

En el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares no solo buscan el cumplimiento del fallo, sino también evitar la consumación de un daño antijurídico, lo cual constituye *per se* un fin mismo del Estado Social de Derecho, pues el proceso administrativo se conoce por su longitud para lograr una decisión de fondo, en especial por el agotamiento

preliminar de la actuación de la administración, lo cual implica una ambivalencia entre la celeridad y el fallo efectivo. Esto anterior se da debido a que en la gran mayoría de los casos en los cuales surge un conflicto entre un administrado y la administración, el administrado debe agotar lo que se conoce como *vía gubernativa*, lo cual no es otra cosa que agotar los recursos obligatorios determinados en la ley; asimismo, debe agotar presupuestos procesales como el de la conciliación prejudicial, que hacen que sea difícil acudir de forma directa e inmediata a la jurisdicción, incluso haciendo que el tiempo de resolución de dicha controversia se prolongue más, lo cual pone en riesgo la aplicación eficaz de dicho fallo al momento que sea proferido. Es importante, en este punto, recordar que a pesar de que se presenta una apreciación previa por parte del juez sobre el objeto en litigio, este no entra a examinar de fondo el asunto al momento de adoptar la cautela, por lo cual el operador jurídico no entra en el campo del prejuzgamiento.

En este orden de ideas, la doctrinante Chinchilla Marín, citada por Restrepo Medina, M. (2005), establece esta problemática de la siguiente manera:

El proceso contencioso administrativo la conciliación entre la celeridad y la ponderación como fundamento de las medidas cautelares se dificulta porque el administrado carece de acceso directo a los tribunales, lo cual retarda la celeridad, ya que previamente debe agotar los recursos ante la administración, y porque el juez, frente a la solicitud de protección cautelar del derecho del administrado, mediante la suspensión de los efectos del acto demandado, debe ponderar la irreversibilidad del daño que puede causarse al interés del accionante con el daño que puedan sufrir los intereses generales, y efectuar esa ponderación, como lo exige la naturaleza de la medida cautelar, no a partir de la certeza de la existencia del derecho del administrado,

sino desde la apariencia de ilegalidad de la actuación administrativa. Si la razón de ser de las medidas cautelares es evitar la consumación de un daño jurídico derivado de un retraso en la decisión judicial definitiva, en el proceso contencioso administrativo el panorama es desolador, ya que en él la única tutela cautelar judicial es la suspensión provisional del acto administrativo, regulada además en términos muy restrictivos. (pág. 8)

En otras palabras, las medidas cautelares se convierten en un mecanismo de protección preliminar y ello no implica una violación al principio de la seguridad jurídica, pues cuando el administrado pruebe que en efecto un acto administrativo revestido de presunción de legalidad generará un perjuicio irremediable, el juez administrativo se encuentra en la facultad de suspenderlo como una cautela, con el agotamiento del debido derecho de contradicción a favor de la Administración y que no implique prejuzgamiento. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, las medidas cautelares no solamente son aplicables en cuanto a los actos administrativos, sino que también son susceptibles de ser implementadas en otra clase de procesos administrativos, garantizando la seguridad jurídica en todos los escenarios en los cuales se pueda ver en peligro la ejecución material de los fallos proferidos por la jurisdicción.

**CAPÍTULO III. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU APLICACIÓN A LOS
CRITERIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

3.1 Concepto de tutela judicial efectiva

Se le llama Tutela Judicial Efectiva a aquel momento en el que se realiza una pretensión y un ente jurisdiccional atiende a la misma dentro de un proceso que brinde ciertas acciones que garanticen la imparcialidad en un proceso. La desigualdad es una realidad social entre los seres humanos y es por esto que dentro de la colectividad se presenten situaciones o conflictos en los cuales algunas personas puedan tomar ventaja frente a otras. Por este motivo, se hace necesaria la intervención de órganos que regulen las conductas de las personas, de ahí que existan aparatos judiciales que garantizan el acceso material a la justicia por parte de los sujetos que integran una sociedad. Ese acceso a la justicia se traduce en la posibilidad que tienen los administrados de llevar sus conflictos ante un tercero imparcial, que resuelva aquella problemática que se presenta entre los sujetos en desacuerdo y que, de ser necesario, imponga de forma coercitiva su decisión. Valga señalar que dicha decisión debe ser tomada en derecho.

Es importante remarcar también que los sujetos dentro de un proceso tienen la posibilidad de calcular o prever la posible decisión de la jurisdicción, puesto que logran realizar un análisis de las normas vigentes y sus efectos, de acuerdo con las situaciones de hecho que se han presentado, esto es, en otras palabras, la materialización del principio de seguridad jurídica, el cual se había estudiado en el capítulo precedente. En este contexto, con la finalidad de alcanzar la seguridad

jurídica, lograr que los derechos se garanticen de manera efectiva y que las normas se apliquen con eficacia, se debe asegurar que cualquier persona dentro del Estado Social de Derecho pueda acceder de forma libre al aparato jurisdiccional. Con relación a esto, Porras López y otros (2015) advierten que:

Las innegables desigualdades que rodean al ser humano exigen inexorablemente una garantía de protección de los derechos y de sanción a sus transgresores, para lo cual, se hace necesario la intervención de los aparatos jurisdiccionales; aunado a ello se escruta indudablemente la exigencia de seguridad jurídica, [...] en aras de alcanzar tal seguridad jurídica es *preemption* que los derechos puedan hacerse efectivos, aún en contra de aquellos que pretenden desconocerlos o controvertirlos, y es en tal acapice donde la eficacia de la administración de justicia encumbra su propósito en el respeto por los derechos dentro de los procesos tramitados por aquella... (pág. 126)

Esa posibilidad que tienen las personas de acceder de forma real y efectiva a la administración de justicia y además de que se le resuelvan de forma eficaz sus problemas jurídicos, lo que *per se* no implica una decisión favorable, se ha denominado *Tutela Judicial Efectiva*.

Así las cosas, es una apreciación importante la realizada por Melón Sandoval y Ortega Martínez (2016), donde comparten la posición de Blume Fortini, diciendo:

[U]na de las principales características de nuestra carta es la protección de los derechos de los asociados, y entendiendo aquella como un supra derecho compuesto de instituciones, garantías procesales, y derechos fundamentales; dice el Dr. Ernesto Blume Fortini: “La tutela judicial efectiva no es un derecho que nace con la Constitución, es un Derecho Humano anterior y superior al Estado que pertenece a la

esencia misma del Ser Humano” (pág. 36)

Es entonces que, para continuar hilando el concepto de tutela judicial efectiva, es menester desarrollar el mismo en otras legislaciones, con la finalidad de encontrar un apoyo en el derecho comparado, para posteriormente analizar la internacionalización del derecho constitucional y el concepto de control de convencionalidad, ello con el fin de comprender de la importancia de los tratados internacionales en las decisiones de los jueces y como esta se vincula en el objeto de estudio. Finalmente, y como consecuencia, estudiar cronológicamente el desarrollo constitucional colombiano en la materia de eficacia judicial, que es en últimas los esbozos primigenios del concepto objeto de esta monografía.

Es claro que el concepto de tutela judicial efectiva no es propio del derecho interno colombiano, el mismo tiene un desarrollo internacional, que lo ha provisto como una de las garantías que brinda el debido proceso, haciendo un estudio de derecho comparado, encontramos la definición de tutela judicial efectiva se encuentra en la Constitución Española en su artículo 24, que expresa lo siguiente:

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de

parentesco y secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos⁶⁵.

En el marco de la tutela judicial efectiva podemos encontrar otra definición práctica, en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la cual se ha instituido el derecho a una garantía judicial efectiva, destinada a proteger de manera real a las personas frente a la violación de sus derechos humanos. Esencialmente el artículo 25 del tratado consagra el derecho que tienen las personas de poseer, en caso de así requerirlos, recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales. Se dispone en el tratado que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados Parte se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (Organización de los Estados Americanos (OEA), 1969)

De la misma manera, se encuentra en la convención, en su artículo octavo, que los Estados parte deben salvaguardar las garantías judiciales mínimas con las que cuentan las personas, para

⁶⁵ España, Constitución Política, 1978, artículo 24. El texto constitucional español puede ser consultado en <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>

las cuales es presupuesto el hecho de poder acceder al aparato jurisdiccional y, a su vez, el cumplimiento de tales garantías, materializan el derecho de tutela jurisdiccional efectiva. Establece la Convención que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo

ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. (Organización de los Estados Americanos (OEA), 1969)

De conformidad con el texto expuesto, se puede sostener que la tutela judicial efectiva; entendida como aquella garantía judicial que les permite a las personas acceder a la justicia, gozar de recursos efectivos en contra de la vulneración de sus derechos, asegurar que se cumplan las decisiones de la jurisdicción, contar con el derecho a la motivación de la resolución o providencia de fondo, así como el derecho a ejercitar los recursos legalmente previstos y a obtener la ejecución de la sentencia, contando con unas garantías judiciales mínimas; es uno de los derechos reconocidos con el rango de fundamental por parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Frente a lo anterior y de acuerdo con el análisis realizado a los dos artículos expuestos, se puede inferir el alcance del principio de Tutela Judicial Efectiva en las siguientes manifestaciones de derecho: en primer lugar, se encuentra el derecho de acceso libre a la jurisdicción, el cual comprende el derecho de toda persona a ser parte en un proceso y a poder promover en su marco la actividad jurisdiccional, es decir, a ser partícipes activos de la decisión a tomar por parte del órgano judicial. En segundo lugar, se halla el derecho a la motivación de la resolución de fondo, el cual es el derecho de todo actor, demandante o parte en un proceso a obtener una resolución o sentencia que contemple el fondo del proceso y que esta sea jurídicamente motivada a partir de la postura de las partes y las pruebas aportadas. En tercer lugar, se observa el derecho a ejercitar los

recursos legalmente previstos, que consiste en la utilización de recursos ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento prevea en cada caso con los requisitos legalmente establecidos. En cuarto lugar, se encuentra el derecho a obtener la ejecución de la sentencia, lo cual implica la exigencia de que el fallo judicial se cumpla y que en consecuencia el actor sea indemnizado en sus perjuicios en caso de reconocérsele su derecho. Y finalmente y de acuerdo con el artículo octavo de la convención, debe garantizarse el derecho de defensa, es decir, la salvaguardia a la defensa contradictoria de las partes litigantes, a través de la oportunidad de alegar y probar sus derechos e intereses en un proceso, así como la presunción de inocencia, el *non bis in idem* y la publicidad de las actuaciones de la jurisdicción.

La Constitución Política de Colombia se convierte en una carta de navegación para los jueces en la toma de sus decisiones, pues estos se someten al imperio de la Ley, si bien la constitución es “norma de normas”, debemos de tener en cuenta un fenómeno analizado por Melón Sandoval y Ortega Martínez (2016), sobre la Internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional, los cuales, tomando las palabras de profesor Fernando Quinche Ramírez, determinan:

La internacionalización del derecho constitucional y La constitucionalización del Derecho Internacional, que se definen en palabras del profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez (Quinche Ramírez, 2009) de la siguiente forma: “La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del Derecho Internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. La constitucionalización del Derecho Internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre

derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos.” (pág. 37)

En otras palabras, existe un fenómeno de doble continuidad, es decir, el Derecho Internacional permea la legislación nacional y a su vez los tratados de Derechos Humanos se tornan a un nivel constitucional, así las cosas, otras instancias como la Comisión Americana de Derechos humanos y la Corte Interamericana Americana de Derechos Humanos, permean nuestra constitución política por medio de su integración en el bloque de constitucionalidad⁶⁶. Esto cobra relevancia al momento de ejecutar el análisis de la normativa convencional y de su alcance respecto de principios jurídicos fundamentales como lo son la tutela judicial efectiva o la seguridad jurídica, abordados en este escrito.

En un sentido más específico, los jueces de la república revisten sus decisiones de estas normativas internacionales (las cuales consignan todo lo relacionado a la tutela judicial efectiva), por lo que lo pueden hacer mediante lo que la doctrina ha denominado como el control de convencional, el cual tiene por objeto, a palabras de del profesor Quinche Ramírez (2014):

Proteger los derechos fundamentales reconocidos por el Estado al que pertenece, “sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió”. El objeto del control puede demarcarse en un ámbito general y en uno

⁶⁶ El artículo 93 de la constitución Colombiana ordena que “*los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*” (negrillas fuera de texto)

específico. (pág. 79)

No obstante, es menester traer la precisión hecha por Rojas Betancourth, tomada de Melón Sandoval y Ortega Martínez (2016), el cual, de manera muy acertada diferencia el control en sentido estricto de constitucionalidad con el control de convencionalidad, así:

“Lo realizado por la Corte IDH es un control en sentido estricto, no debe confundirse el control de convencionalidad con la aplicación de la convención. Cuando los jueces internos aplican la constitución, no por ello se dice que se ejerce un control constitucional. Para evitar trivializar la expresión control de convencionalidad, debe preservarse bajo el significado de control en el sentido estricto que se predica del ejercicio de competencias internas de jueces habilitados tanto para sustraer normas del ordenamiento jurídico –control abstracto-, como para inaplicarlas en casos particulares -control concreto- por considerarlas en ambos eventos contrarias a normas internacionales a las que está obligado el estado, control que bien puede llevar también a declarar la compatibilidad normativa.” (p. 113- 140)

Teniendo claro entonces el concepto de tutela judicial efectiva, que el mismo tiene un desarrollo internacional y que es vinculante para el ordenamiento jurídico colombiano, pasaremos a desarrollar dicho concepto en nuestro ordenamiento.

3.1.1 Tutela judicial efectiva en el ordenamiento jurídico nacional.

El derecho a una Tutela Jurisdiccional Efectiva se encuentra plasmado en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política Colombiana, de forma directa. Asimismo, en virtud del artículo

93 y la inclusión del concepto de *bloque de constitucionalidad*, se encuentra protegido este derecho en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Este derecho se caracteriza por abarcar dentro de sí otra gran cantidad de derechos y principios de rango constitucional que forman un todo para brindar las personas un acceso real a la justicia. Este derecho, de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana

[...] se traduce en 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. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de *indefensión* frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal (Sentencia C-426, 2002)

En el mismo sentido, el Honorable Tribunal Constitucional de Colombia se ha pronunciado señalando que

[...] El derecho a una tutela judicial efectiva, apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la

plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. [...] es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido, debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio”. (Sentencia C-318, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1998)

En cuanto a sus características y su alcance, se ha dicho que la tutela judicial no se limita solamente a la posibilidad de asistir ante un órgano hetero-compositivo para la resolución de un conflicto, sino que envuelve también la obligación de que tiene el Estado de crear las condiciones necesarias para la que las personas puedan tener una solución eficaz del asunto llevado a su conocimiento. es así como la Corte, en sentencia T-247 del 10 de abril de 2007 manifestó que:

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que “[n]o existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena ‘garantiza[r] el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia’, está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas.” De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso

culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones. Para ello es necesario que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)

El valor fundamental de la Constitución Política de Colombia es la justicia, la cual está directamente relacionada con el principio de Tutela Judicial Efectiva, bien lo dice la Corte Constitucional (Sentencia C-086, M.P Jorge Iván Palacio, 2016), es el pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. Este concepto es un todo en común, pero es menester distinguir uno de sus componentes y es pues el de efectividad, que puede generar confusión por lo amplio que resulta el concepto, según lo que manifiesta Mateu-Ros (1982), citando a Hans Kelsen

El término «efectividad» se acoge, pues, no en el sentido técnico-jurídico que expresa la dicotomía validez-eficacia (manifestada en múltiples ocasiones: obligaciones sujetas a condición suspensiva —artículos 1.113 y siguientes del Código Civil—: actos administrativos válidos carentes de eficacia inmediata —artículo 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo—), sino en el más amplio de correspondencia entre la norma jurídica y los hechos a los que la misma se aplica. Con tal significado, la eficacia, efectividad, realidad o fuerza del Derecho puede considerarse como condición sine qua non de la validez del orden jurídico concebido como un sistema general de normas, pero esto no significa que la validez de cada norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia (Teoría pura del Derecho, traducción española, 1971, pág. 156)

El vocablo Efectividad, también ha sido analizado por la Honorable Corte Constitucional

y expresa que “... supone que el acceso a la justicia no se circunscribe a la existencia de mecanismos nominales para poner en marcha la administración de justicia, sino que exige un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial” (Sentencia C-086 de 2016) Demostrando que cada órgano de la administración de justicia debe procurar que se encuentre efectividad en las decisiones que tome.

Cronología del concepto de tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Es importante realizar un esbozo cronológico del concepto de tutela judicial efectiva:

Providencia	Magistrado	Extracto
Sentencia C-318/98	Carlos Gaviria Diaz	El derecho a una tutela judicial efectiva, apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. Es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido,

		debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio.
Sentencia 030/05	T- Jaime Córdoba Triviño	Como se advierte toda persona tiene derecho a que los trámites judiciales en que participe como demandante, demandado e incluso como tercero no se vean afectados por retrasos injustificados, pues ello iría en detrimento no solo del derecho al debido proceso sin dilaciones injustificadas sino al derecho al acceso a una real y efectiva administración de justicia, dado que la resolución tardía de las controversias judiciales equivale a una falta de tutela judicial efectiva.
Auto 222/06	Jaime Araújo Rentería	“Finalmente, es necesario dar un tratamiento igual a otros ciudadanos que puedan encontrarse en la misma situación aquí advertida. Por ello, para los casos en que exista la misma situación de vulneración del derecho fundamental de

		<p>acceso a la administración de justicia y la no tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales, los ciudadanos tienen el derecho de acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una Corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante una acción de tutela la protección del derecho fundamental que consideran violado con la actuación de una Sala de casación de la Corte Suprema de Justicia”.</p>
<p>Sentencia 454/06</p>	<p>C- Jaime Córdoba Triviño</p>	<p>La determinación de una posición procesal de la víctima en el proceso penal conforme a esos paradigmas, debe establecerse tomando como punto de partida un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva, de amplio reconocimiento internacional, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio que se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como</p>

		<p>el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales; la efectividad de los derechos (Arts. 2° y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitido por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados.</p>
Auto 095/09	Humberto Antonio Sierra Porto	<p>Tal y como señaló esta Corporación en el auto 004 de 2004, “lo resuelto por las diferentes Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia al no admitir a trámite las acciones de tutela que interponen las personas contra providencia judicial proferida por una Sala de dicha Corporación, les vulnera [a los</p>

		<p>peticionarios] su derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia (C.N., art. 229) y a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales, de conformidad con los Tratados Internacionales (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 25), y las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-11/90, OC-16/99)".</p>
<p>Sentencia SU297/15</p>	<p>Luis Guillermo Guerrero Pérez</p>	<p>Finalmente, esta situación desconoce también el derecho a la tutela efectiva, el cual se ha definido 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</p>

			procedimentales previstas en las leyes.
Sentencia 337/16	C-	Jorge Iván Palacio Palacio	La Corte ha explicado que la tutela judicial efectiva también hace parte del núcleo esencial del debido proceso (art. 29 CP) y se proyecta como derecho fundamental de aplicación inmediata que "se garantiza a través de las distintas acciones y recursos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de los derechos", con la advertencia de que "el diseño de las condiciones de acceso y fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde al Legislador".

De la lectura anterior, puede concluirse que la tutela judicial efectiva tiene como características principales el derecho a acceder a los tribunales de justicia, a obtener una resolución motivada y a la ejecución de la sentencia. De cierta manera es inherente a la proclamación de este derecho como elemento integrador de la justicia, dada su relevancia se estudiará cada una de estas características.

3.1.2 Derecho acceder a los tribunales de justicia.

El derecho de tutela judicial efectiva comprende la posibilidad de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional, por parte de las personas, pero igualmente envuelve la obligación del

Estado de garantizar las condiciones que favorezcan para que el servicio de administración de justicia sea eficaz y que no sea simplemente algo ilusorio, además, dicha protección tiene protección desde la Constitución misma y desde los tratados internacionales que conforman el denominado bloque de constitucionalidad y de convencionalidad. Esto anterior significa, en palabras del Honorable Consejo de Estado Colombia, que

cuando el artículo 229 superior ordena garantizar el derecho a toda persona para acceder a la administración de justicia, está adoptando como imperativo constitucional del citado derecho, su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se establezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se creen vulneradas.

Es por ello, que con fundamento en el artículo 93 superior, el cual establece que los derechos y deberes se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, ha acogido los mecanismos establecidos en los instrumentos internacionales referentes a este derecho. La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8º), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 14), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 18); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), han marcado el desarrollo tendiente a garantizar el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos (Sentencia 2011-01174 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 2012)

Este derecho también encierra, a su vez, el derecho al Juez Natural, puesto que contiene la esencia máxima del derecho procesal, creándose así diferentes tipos de jueces según la naturaleza que les corresponda, todos con un deber crucial: ser garantes constitucionales de un acceso

verdadero a la administración de justicia, siempre prevaleciendo los derechos fundamentales de los individuos. Al respecto, el doctrinante Jesús González⁶⁷ citado por Jaime Francisco Coaguila Valdivia, describe el derecho a un juez natural como “una de las garantías constitucionales del Debido Proceso para hacer efectiva la tutela jurisdiccional, ya que la presencia del derecho a un juez imparcial resulta una de las condiciones previas a dictar sentencia”. (Coaguila Valdivia, 2009)

La naturaleza de un juez es su capacidad de ser imparcial en miras a garantizar cada derecho dentro del proceso judicial y es por esta razón que se halla el concepto arraigado al derecho fundamental que se está tratando. Cabe destacar que el derecho a un Juez natural se encuentra regulado en los principales convenios internacionales de derechos humanos.

3.1.3 Derecho a obtener una resolución motivada

Este derecho permite que la relación entre lo pedido y lo concedido sea congruente, limitando la labor del juez a lo que las partes le piden para que con sus decisiones sean lo más justas posibles, de esta manera la motivación cumple un papel fundamental, pues explica porque se está tomando la decisión y con base en cuales pruebas, al respecto Mozo (2017), en su libro Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa, resalta que en íntima relación con la congruencia está la exigencia de motivación de la sentencia, dentro de la que, en cierto sentido, está comprendida aquélla. En efecto, la falta de congruencia puede venir determinada por una deficiente motivación de la sentencia, esto es, cuando resulte irrazonable, ininteligible o carente de la necesaria estructura lógica que permita su comprensión, lo que supondría vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

⁶⁷ González Pérez, Jesús. “El Derecho a La Tutela Jurisdiccional”, Madrid, Editorial Civitas, 1980, p. 123-129.

Como se logra evidenciar, la sentencia judicial debe estar acompañada por un motivo suficiente que la justifique, tal como se refleja en el artículo 183 del mencionado CPACA sobre el contenido de la sentencia, cuyas primeras palabras resuenan como una orden, expresando que “la sentencia debe ser motivada”. En esta medida es que se logra integrar la tutela judicial efectiva, puesto que la motivación garantiza una justificación jurídica razonable y racional, acorde con los límites constitucionales y legales, que permiten que el administrado conozca las causas de hecho y de derecho por las cuales se ha tomado determinada decisión.

3.1.4 Derecho a la Ejecución de la sentencia.

Este derecho consagra en su núcleo ese instante en el cual el juez ya ha tomado una decisión y debe materializar la providencia en la realidad. En este derecho se puede evidenciar la importancia que tienen las medidas cautelares. Es *menester* relacionar en este acápite lo que se ha venido desarrollando a lo largo de este texto y es, distinguir la relevancia que existe en todo el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares y la nueva inclusión de las medidas cautelares innominadas o atípicas. Poco se menciona en la doctrina sobre este derecho que complementa la tutela judicial efectiva, empero, es el propósito del derecho procesal, que las decisiones se cumplan a cabalidad.

En este sentido, la ejecución de la sentencia, una vez se encuentra proferida, indefectiblemente es un derecho que forma parte fundamental de la tutela judicial efectiva, puesto que es una obligación de las autoridades, sean administrativas o judiciales, darle estricto cumplimiento a aquello que se encuentra establecido en las providencias proferidas por la jurisdicción y acoger todas las medidas necesarias para ejecutarlas.

Este derecho a que la sentencia sea efectivamente ejecutada es, tal vez, de los más

significativos e importantes en el marco de un Estado social de derecho, en el entendido que sería difícil hablar de un Estado social de derecho en el que las decisiones que se dictan conforme a la constitución y la ley no puedan ser aplicadas o cuando no se procura, por parte de las autoridades estatales, el cumplimiento de las mismas.

Ahora bien, en sentencia C-039 del 2004, la Corte Constitucional plantea un cuestionamiento interesante sobre las medidas cautelares y la ejecución de la sentencia, así:

No obstante que en atención a la naturaleza de los distintos procesos, no existe una exigencia constitucional para que en todos ellos se contemple la posibilidad de decretar medidas cautelares, y corresponde al legislador, como se ha dicho, dentro de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, adoptar las definiciones correspondientes, encuentra la Corte que cabría, eventualmente, estimar un reproche de inconstitucionalidad, cuando en determinados supuestos, la disposición acusada ciertamente privase de toda protección cautelar a un derecho litigioso, el cual por consiguiente, quedase expósito, sin que hubiese manera de asegurar la efectividad del fallo estimatorio, no obstante que de manera objetiva fuese posible establecer la concurrencia de los requisitos que habrían permitido al legislador hacer previsión al respecto. (Sentencia C-039/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil., 2004)

En otras palabras, a criterio de la corte, la privación de las protecciones cautelares configura en sí mismo un reproche constitucional, es entonces lógico que el fin mismo del proceso ante un tercero supra ordenado es el cumplimiento del fallo, el cual, como lo hemos visto, es la materialización de un derecho fundamental.

De igual manera, en la sentencia C 840 de 2001, la Corte Constitucional se pronunció en relación con el objeto mismo de las medidas cautelares, que no es otro que la ejecución de la sentencia, diciendo que:

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 (por ejemplo, el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) 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. (Sentencia C-840 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, 2001)

En un mismo sentido, la Sentencia C 490 del 2000 de la Corte Constitucional tilda de vana la decisión que no encuentre un sustento para su cumplimiento, pues toda determinación judicial que no materialice el poder coactivo de la jurisdicción se convierte en una ilusión; dejar la posibilidad de la destrucción o afectación del objeto del litigio configura un absurdo, que va claramente en contravía con los preceptos propios constitucionales y de los tratados internacionales, dado que, en efecto, no se alcanzaría una verdadera tutela judicial efectiva ni se podría hablar de justicia. Expone el alto tribunal constitucional que:

Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial

sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esta manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido. (Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2000 MP Alejandro Martínez Caballero, 2000)

En otras palabras, la ejecución de la sentencia es el fin de la medida cautelar, sea nominada o innominada, lo cual se convierte en la realización de una tutela judicial efectiva, puesto que en la posible ejecución del fallo (limitada por una proporcionalidad y racionalidad que debe contener la medida aplicable) se encuentra el fin mismo del Estado, es decir, la eficacia en la impartición de justicia por parte del órgano estatal.

Al unísono, Segura & Villamil expresan que “La naturaleza preservadora de la efectividad del Derecho de las medidas cautelares, hace que estas se vuelvan un interesante objeto de estudio, puesto que tiene una vital importancia, en especial para materializar la decisión que el Juez profiera”. (Las medidas cautelares innominadas en la legislación Colombiana, 2019)

Se logra inferir, de esta manera, que las medidas cautelares, tanto nominadas como innominadas, son una expresión legislativa concreta de la tutela judicial efectiva, puesto que con

ellas se alcanza una auténtica ejecución de la sentencia. La finalidad propia de las cautelas es esa, la materialización de la sentencia. En particular, la finalidad que persigue la medida cautelar innominada va aún más allá, en la medida en que esta última además de alcanzar la efectividad de la decisión, le da un margen más amplio al juzgador para que este implemente las decisiones necesarias con el fin de que su providencia pueda ejecutarse una vez dictada, preservando el objeto de la litis y asegurando que la ejecución de la sentencia no se vea afectada por situaciones externas y anteriores a la decisión de fondo.

3.1.5 El carácter de derecho fundamental de la tutela judicial efectiva

En el cuadro de la Constitución Política Colombiana, la cual se identifica por un considerable garantismo en lo que tiene que ver con los mecanismos de protección de derechos y prerrogativas de las personas, la tutela judicial efectiva juega, indudablemente, un papel especial e importante, en tanto que es a través de ella que se logran hacer efectivas dichas garantías en los estadios procesales. El artículo 201 de la Constitución Política de Colombia consagra este derecho como una obligación del Estado, en relación a la rama judicial, donde el Estado mismo se compromete a gestionar todo lo que este a su alcance para lograr que las providencias judiciales sean efectivas. Si bien esta norma no se encuentra en el capítulo de derechos fundamentales, se puede colegir que el mismo es un fin esencial del mismo, haciendo que su protección se vuelva un derecho inherente a los ciudadanos colombianos.

Bajo el análisis anterior es necesario definir en que consiste un derecho fundamental:

“los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por

tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social” (Pérez Luño A. , 2007, pág. 233).

Con la anterior definición es admisible sustentar que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental. En realidad, podría decirse que esta designación es lo que compone un derecho fundamental. Tal como lo expone (Rueda, 2017)

“La tutela judicial efectiva es el derecho a la jurisdicción, el derecho a acceder a la administración de justicia, el derecho a una solución pronta y eficiente al derecho conculcado, siendo la tutela cautelar una especie de ese gran género, uno de los mecanismos procesales necesarios para alcanzarla”. (pág. 152)

El hecho de catalogarse como un derecho de carácter fundamental implica, consecuentemente, una importancia adicional a la tutela judicial efectiva, lo cual lleva a la posibilidad de poder ejercer las acciones necesarias tendientes a su protección inmediata en caso de presentarse alguna vulneración o interpretación que no corresponda a derecho por parte de cualquier autoridad. Supone, además, que la tutela judicial efectiva no solo se debe tener en cuenta como un derecho de carácter fundamental que se debe garantizar en el marco de cualquier proceso judicial, sino que también, como principio, impone la obligación al órgano legislativo de crear normas jurídicas tendientes a garantizar procesalmente este derecho fundamental, y ¿qué mejor manera que con la implementación de medidas cautelares que garanticen con anterioridad el cumplimiento de los eventuales fallos judiciales?. En este sentido, Milione (2015) ha manifestado que

[E]s posible afirmar que la importancia de este derecho radica en el hecho de permitir que

la pretensión de quien sienta vulnerados sus derechos o intereses legítimos, pueda ser objeto de una resolución judicial, a conclusión de un procedimiento desarrollado en el respeto de criterios jurídicos determinados. En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva representa una garantía respecto de los demás principios y valores fundamentales, pues es soporte de la defensa del resto de los derechos al implicar el enjuiciamiento de los responsables de la violación de los mismos. Por estos motivos, el derecho a la tutela judicial efectiva constituye uno de los pilares fundamentales de nuestros Estados de Derecho. (pág. 222)

3.2 La tutela judicial efectiva y su relación con la implementación de medidas cautelares

El principio de tutela judicial efectiva se traduce en la protección real y la realización material de los derechos de quien acuden ante los órganos jurisdiccionales buscando justicia. En materia de medidas cautelares, se alcanza este principio en la medida que estas se convierten en instrumentos imprescindibles para garantizar de forma efectiva la ejecución material de la providencia judicial, lo que garantiza el fin esencial del proceso. Por consiguiente, las medidas cautelares establecen la salvaguarda del principio de tutela judicial efectiva, puesto que estas aseguran de forma eficaz el cumplimiento de la sentencia judicial que declare la existencia de un derecho.

Es evidente que la tardanza en las decisiones judiciales afecta de forma directa los intereses de las partes en el proceso, como advirtiera Porrás López y otros (2015):

...la eficacia de la administración de justicia encumbra su propósito en el respeto por los derechos dentro de los procesos tramitados por aquella, de manera que, la mora en la tramitación y solución de los litigios hace que en la práctica el reconocimiento a los

derechos efectuado en las sentencias sea más que inútil, vano. (pág. 126)

Por esta causa, la doctrina y la jurisprudencia ha buscado establecer un equilibrio entre el lapso de tiempo razonable en la resolución de las controversias por parte de los órganos jurisdiccionales y la materialización de sus decisiones en la práctica, para que de esta forma los fallos sean ejecutables. Con ocasión de esta preocupación, se plantearon las medidas cautelares como una solución o punto de equilibrio a esta problemática, pues estas permiten conservar indemne el objeto del litigio mientras se decide de fondo el asunto por parte del juez, inclusive antes del proceso o en sus inicios. Por eso, los autores citados anteriormente indican que:

... es necesario resaltar que el acceso a la justicia, también conocido como derecho a la jurisdicción, inicialmente se encontraba ligado al concepto material de acceso a la justicia, que envolvía la mera posibilidad de demandar ante el Estado para que este se pronunciara frente al derecho en litigio, posteriormente se separó el concepto de derecho material y de derecho de acción concediendo a este último un contenido más amplio, en cuanto implica la consecución de una sentencia de carácter solidarista; y es en este punto que, las medidas cautelares se ubican como enlace conciliador de celeridad y ponderación, que son las dos exigencias de la justicia, de manera que aquellas logran imprimir agilidad y efectividad al proceso, en el sentido que satisface el cumplimiento de las providencias judiciales. (Porras López, y otros, 2015, pág. 127)

Lo precedente no es más que una manifestación del principio de Tutela Judicial Efectiva,

puesto que lo que se busca es asegurar la materialización de los derechos que sean declarados en estrados judiciales, asegurando una verdadera consecución del principio de acceso a la justicia. Con respecto de lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia se ha manifestado en el siguiente sentido, expresando que

las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han sido consideradas como un componente del derecho de acceso a la administración de justicia, en virtud a que tal derecho comprende no solo la pretensión de obtener un pronunciamiento judicial en torno a los derechos, sino la materialización de las medidas que los hagan efectivos (Sentencia C-039/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

Esta ponderación entre tiempo y efectividad no encuentra su fundamento única y exclusivamente en el texto constitucional, sino que, como se había señalado con anterioridad, tienen asimismo una base en los tratados de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, que obligan al Estado a propender por la defensa de los derechos consagrados en ellos. De hecho, el doctrinante Santofimio Gamboa deja claro que el Estado Colombiano no puede sustraerse a los compromisos adquiridos en estos tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, debiendo garantizar a los ciudadanos un verdadero derecho al acceso de justicia, en palabras del jurisconsulto:

constituye presupuesto básico del Estado de derecho el de garantizar a todos los asociados la tutela judicial, esto es, el acceso a la justicia con el propósito de solucionar sus conflictos y controversias y de que esta sea efectiva y eficaz, en el entendido de que realmente se

hagan valer sus derechos e intereses a través una decisión de fondo previas las garantías de la controversia procesal. De aquí que se le considere un derecho fundamental de directa aplicación y de articulación técnica absoluta e inmediata (Santofimio Gamboa, 2004, pág. 45)

En el ámbito regional, también se ha expuesto una amplia explicación de la importancia de las medidas cautelares y de su alcance, así como su inherente relación con el principio de tutela jurisdiccional efectiva. Esta relación encuentra sustento en el hecho que, con la finalidad de garantizar efectivamente todos los derechos consagrados en los diversos instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos y que se encuentran instituidos en el derecho interno a través del artículo 93 de la Constitución colombiana, el Estado tiene la obligación de impartir justicia y promover el acceso a los sistemas jurisdiccionales a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, asegurando una tutela judicial efectiva.

En tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos recalca que el propósito de las medidas precautorias, en los distintos sistemas jurídicos en general, es resguardar los derechos de las partes en controversia, previniendo que para el momento de ejecutar la sentencia que resuelve de fondo el asunto no sea imposible de cumplir, sino que por el contrario sea una manifestación real de una tutela jurisdiccional efectiva. Esta posición anterior de la Corte se logra ver en la resolución de 21 de septiembre de 2005 cuando determina lo siguiente:

En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere

pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención. [...] el artículo 1.1 de la Convención consagra el deber que tienen los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ese tratado y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Este deber se torna aún más evidente en relación con quienes estén vinculados por procesos ante los órganos de supervisión de la Convención Americana. (Resolución del 21 de Septiembre de 2005, Caso López Álvarez y otros)

Del mismo modo que pone de presente cuál es la finalidad o propósito de las medidas provisionales tomadas para evitar la vulneración del derecho en litigio, enunciando que:

[...]el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*. [...] en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas urgentes y provisionales sirven, además, al propósito de proteger derechos fundamentales, evitando daños irreparables a las personas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005)

Además, deja claro también en relación con lo anterior, que:

[...] en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los

requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.” (Resolución del 1 de septiembre de 2016. Solicitud de medidas provisionales respecto Nicaragua. Asunto: pobladores de las comunidades del pueblo indígena Miskitu de la región costa caribe norte)

En relación con todo lo previamente referido, se colige que las medidas cautelares innominadas son una creación para materializar el derecho que trata este capítulo, en el sentido que, para hacer efectiva la materialización de los derechos, el legislador bajo su sabiduría comprende que existen circunstancias que no son posibles de prever y de esta manera le da la potestad al juez, para que bajo su manto de juez constitucional, logre ante una argumentación con peso, decretar medidas que no sean taxativas pero que logren el fin de protección que el Estado está llamado a salvaguardar.

3.2.1. Medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011 y la tutela judicial efectiva.

La Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, entró a regir el día 2 de julio de 2012, según el artículo 308, aplicándose para todos los procedimientos y actuaciones administrativas iniciadas a partir de tal fecha.

El Título IV, Capítulo XI, versa sobre las medidas cautelares en los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previendo el artículo 229 que, podrán solicitarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada; solicitud a la cual, si es del caso, accederá el Juez o Magistrado por medio de providencia motivada a fin de proteger provisionalmente el

objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, y sin que tal decisión signifique un prejuzgamiento.

Ahora bien, el artículo 230 del C.P.A.C.A., indica que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, bajo el supuesto de que guarden relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Sobre la clasificación y fines de cada una de las medidas a adoptar en el proceso, se afirma:

“-Medidas preventivas. Las medidas cautelares preventivas buscan evitar que se produzca o aumente el daño causado por la Administración. Cuando éste es consecuencia de un acto administrativo, la suspensión de los efectos es la medida preventiva por antonomasia. (...)

-Medidas conservativas. Las medidas conservativas buscan mantener el statu quo previo a la decisión administrativa o a la acción u omisión de la Administración, para evitar que se vuelva irreversible la situación, o que no sea posible volver las cosas al estado anterior y por tanto lo único viable sea la indemnización de perjuicios.

-Medidas anticipativas. Quizás esta es la mayor novedad, pues este tipo de medidas cautelares le permiten al juez anticipar el derecho pedido como pretensión principal, en forma cautelar antes de la sentencia de fondo. Es claro que esa anticipación no puede de ser de tal naturaleza que la situación en la que quede el demandante se convierta en irreversible en caso de perder el proceso.

-Medidas de suspensión. Se trata de la suspensión de los actos administrativos, que como se expuso es fundamentalmente preventiva. Sin embargo, el numeral 2 [Art. 230 L. 1437 de 2011] permite suspender todo tipo de procedimiento o actuación administrativa, debiendo el juez, además, ordenar corregir los defectos de que adolezca la actuación para que pueda continuar.”

Entre las posibles medidas que el Juez o Magistrado puede decretar, sea una o varias, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, enuncia:

“1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.”

Respecto al tema de la procedencia de las medidas cautelares, expresa el profesor Gómez Aranguren (2012), referenciado por jurisprudencia del Consejo de Estado, lo siguiente:

“(…) El Capítulo X de la Ley 1437 de 2011 – CPACA (artículos 229 a 241) se ocupó de establecer el nuevo régimen legal de las medidas cautelares que se pueden decretar en los procesos declarativos que se ventilan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La Ley 1437 consagró, dentro de dichos procesos, un procedimiento que tiene por finalidad evitar la inejecución de la sentencia, esto es, diseñó un proceso cautelar que se torna en instrumental del proceso principal.

La finalidad antes mencionada corresponde no solo a lo previsto en el artículo 238 de la Constitución Política, sino también busca realizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, que hace parte de igual la tutela judicial efectiva como hemos desarrollado en puntos anteriores en la presente monografía.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo amplió las posibilidades del juez contencioso administrativo dotándolo de facultades de tutela, muy similares

al del juez constitucional, poderes que están enfocados a asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia, es decir a una tutela judicial efectiva, resaltando de nueva la necesidad de esa efectividad, pues la ausencia de la misma se torna en un asunto preocupante y violatorio de garantías fundamentales.

Este derecho no es solo de raigambre constitucional y de carácter fundamental, sino que hace parte de las previsiones de distintos instrumentos de derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8º), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3), la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre (art. 18) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25).

De acuerdo como lo plantea Gómez Aranguren (2012), existen tres los elementos esenciales que conforman el derecho de acceso a la administración de justicia: **i)** el acceso entendido como la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente para dirimir un conflicto; **ii)** el derecho a obtener una resolución de fondo del conflicto y **iii)** el derecho a que la sentencia que se profiera se ejecute. Es, entonces, a través de las medidas cautelares nominadas e innominadas que se materializa la realización de las decisiones judiciales, pues como lo hemos repetido, se tornaría absurda la imposibilidad de cumplimiento de una providencia dictada por un juez (pues no habría razón de ser para su existencia y eventualmente volveríamos a un estado de naturaleza de barbarie, tal como lo sostenía Hobbes) y además vulneraría garantías de carácter fundamental, como el acceso a la administración de justicia, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

La Ley 1437 de 2011, desarrolla los tipos de cautelas y los requisitos para decretarlas, lo cual ha sido traído desde países europeos, tal como lo plantea el profesor Gómez Aranguren (2012), determinando que las cautelas, positivas y las negativas, tienen tres requisitos para su decreto:

i) Apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris), que exige un examen preliminar que no constituye prejuzgamiento bien respecto de la legalidad del acto (cautela suspensiva o negativa), bien respecto de la titularidad del derecho subjetivo que sustenta las pretensiones;

i) Urgencia (periculum in mora). El juez determinará en cada caso si la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, y

ii) Ponderación de intereses en conflicto, esto es, identificar las ventajas, para el interés general y los inconvenientes, para el derecho del demandante derivados de la denegación de la medida cautelar, versus, las ventajas para el derecho del demandante y los inconvenientes para el interés general, al otorgar la medida cautelar⁶⁸.

El artículo 229 del CPACA establece que el juez contencioso administrativo podrá decretar “las medidas cautelares que considere necesarias” para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Tal como establece Gómez Aranguren (2012), las medidas **cautelares preventivas** tienen por finalidad evitar que se configure un perjuicio o se vulneren los derechos del demandante. A su turno, las **medidas conservativas** buscan preservar la situación previa al conflicto hasta que se profiera la sentencia. Finalmente, las **medidas anticipativas**, que adelantan algunos efectos de la

⁶⁸ *Ibíd.*

sentencia, buscan restablecer la situación al estado en el que se encontraba antes de que ocurriera la conducta amenazante o vulneradora.

3.3 Delimitación de los criterios desde la Tutela Judicial Efectiva.

Tal como se desarrolló en el subtema anterior, los elementos que orientan a la tutela judicial efectiva, están íntimamente relacionados con los criterios que el juez debe tener en cuenta al momento en que aplique las medidas cautelares innominadas. De ahí que sea necesario delimitar los criterios que se han podido colegir a lo largo de esta investigación para verificar su aplicación a partir del principio reinante en este capítulo.

El primer criterio es el normativo, en la norma encontramos reglas imperativas que rigen la materia, bien hemos visto, que estas van desde lo general a lo particular y es por esto que se logran acoger perfectamente a materias en las cuales no existe mucha regulación o casos concretos; El primer criterio normativo relevante viene de la ley 1437 de 2011 en su artículo 233 en el cual se establecen los requisitos para las medidas cautelares en general, donde se encuentra que para las medidas cautelares innominadas, aparte de que deben cumplir con dichos presupuestos, debe el defensor, demostrar sumariamente con pruebas y en el relato de los hechos, la importancia de realizar esta medida cautelar atípica, que salvaguardaría un derecho, de la comunidad o de un ciudadano. Bajo este criterio, es que se puede llegar a realizar la motivación de la providencia y que sea el juzgador quien crea que es conveniente aplicar medidas que no están contempladas en la ley o en las prácticas habituales.

El segundo criterio que encontramos es el del artículo 229 del CPACA el cual establece que para la práctica de la medida cautelar el juzgador debe al momento en el cual se decrete la medida motivar o sustentar las razones por las cuales es válida la misma. La Corte Constitucional

en sentencia T 214 de 2012 define la motivación de la siguiente manera:

“Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso” (Corte Constitucional de Colombia, 2012)

Es entonces un criterio que se valora a través de la tutela judicial efectiva, como se pudo evidenciar, la motivación dentro del auto en el cual el juez toma la decisión de conceder la protección solicitada, debe ceñirse a las características de ese principio del derecho. Ahora bien, es un criterio general a las medidas cautelares, empero, para las innominadas o atípicas es indispensable que tal motivación este acorde con la realidad y la adecuación típica. Se establece como criterio, por qué tanto el litigante como el juzgador deben tener esto en cuenta al momento de realizar, respectivamente, el primero la solicitud de la medida, esto es, si el experto en el derecho que solicita la medida atípica que considera la idónea al momento de la presunta vulneración, y no sabe explicar las razones de por qué esa es la idónea y no otra, seguramente no podrá acceder a ella y el segundo al momento de conceder la medida cautelar innominada.

La segunda fuente es la jurisprudencia analizada, de la cual se saca otro criterio preponderante y es la existencia de la amenaza o vulneración de un derecho y que este no se logre proteger con una medida cautelar típica, de tal forma que cuando el juez le de aplicación a una medida cautelar innominada, en la motivación del auto que la decreta, debe sustentar que esa amenaza o vulneración es posible contenerla o prevenirla con dicha medida. De esta forma se

garantiza que la tutela judicial sea efectiva al momento en el que se está tomando una decisión que evitaría que la sentencia resulte operante.

El ultimo criterio entonces sería la ponderación de los derechos que se encuentran en pugna, de tal suerte que el juez debe realizar un análisis no solo de derechos sino de principios constitucionales y al momento en el que vaya a otorgar una medida cautelar, pues no puede menoscabar un derecho sin que exista un derecho mayor que se vea afectado y que el mismo no pueda ser reparado de otra manera.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo general

Delimitar de 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

4.2 Objetivos específicos

- Describir, desde la ley, en especial desde el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y desde la jurisprudencia, los criterios normativos para la aplicación de las medidas cautelares innominadas.
- Establecer el papel que juega la seguridad jurídica respecto de la finalidad de las medidas cautelares innominadas en el sistema jurídico colombiano.
- Estudiar la tutela judicial efectiva y su incidencia en cuanto a la implementación de las medidas cautelares innominadas en el procedimiento contencioso administrativo.

5. PROPÓSITO

Esta investigación tuvo como fin que la comunidad académica de derecho procesal y el público en general, se interese en el tema abordado, que comprenda y conozca las pautas normativas para solicitar medidas cautelares innominadas en asuntos contencioso administrativo y que las mismas sean satisfactorias para lograr el propósito por el cual se suplican.

Como bien se dijo, este trabajo recopiló los criterios normativos para la aplicación eficaz de las medidas cautelares innominadas en el proceso administrativo en Colombia. Conociendo la base que integra este sistema de medidas para que se haga practica su utilización y es por esto que se contempló y explicó la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, demostrando la potestad que tiene el solicitante y el juez para resolver conflictos de manera más adecuada a la realidad y menos rígida en cuanto a normas.

6. HIPÓTESIS

Como respuesta a la pregunta ¿cuáles son 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? Se planteó la hipótesis de que existen unos criterios tales como la motivación del auto que aprueba la medida cautelar, la ponderación de derechos y el estudio, para el caso concreto, de la amenaza o vulneración de los derechos del solicitante. De este modo, se sugirió que para que el juez pueda conceder una medida cautelar innominada, es importante que establezca la relación que tiene dicha medida con los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva.

En todo caso en que las medidas ordinarias no sean suficientes para salvaguardar los

derechos de quien las solicita, se deberá tener en cuenta los anteriores preceptos, puesto que la seguridad jurídica, por un lado, hace que los habitantes del territorio colombiano, tengan la convicción, que las decisiones de los jueces por sí solas, están colmadas de una línea argumentativa que protege a las personas que invocan una vulneración a alguno de sus derechos y la tutela judicial efectiva, se hace presente al momento en el que el juez concede las medidas cautelares que le sean necesarias, sin importar que no se encuentren enunciadas de manera expresa en la ley, para salvaguardar derechos, impidiendo que la sentencia sea una decisión sin aplicación en la realidad.

7. METODOLOGÍA

7.1 Tipo de estudio

El trabajo realizado, se llevó a cabo a través de un método de investigación cualitativo puesto que se espera analizar 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.

A su vez, el tipo de estudio es ANALÍTICO, dado que la afirmación o no de la Hipótesis planteada se concluye después de desarrollar el análisis que se realizó a la normativa, referente a medidas cautelares vigentes y doctrina, así como la jurisprudencia en la materia objeto de estudio.

Con este tipo de metodología se analizan todo tipo de hechos en los que se desarrolla el acontecimiento, es decir, es una metodología basada en una rigurosa descripción contextual de hechos o situaciones que garantizan la máxima intersubjetividad en la captación de una realidad compleja mediante el recogimiento sistemático de datos que permiten el análisis e interpretación del problema planteado.

De igual manera se aplicó la hermenéutica como metodología, por ser característica fundamental para la investigación socio jurídica y jurídica, pues es el mecanismo que permite darle interpretación a las normas para encontrar respuesta al tema formulado, basándose además en las interpretaciones de los juristas como expresión de su visión política respecto de la realidad social y en consecuencia de lo expuesto en textos jurídicos.

7.2 Población y muestra

7.2.1. Población

El estudio se centró en la población colombiana, de esta manera se implementó un trabajo analítico selectivo en las decisiones judiciales del Consejo de Estado, La Corte suprema de Justicia, la Corte Constitucional que desarrollan el alcance de las medidas cautelares de carácter innominado, así como las leyes expedidas por el Congreso de la República que regulan la materia y tratados internacionales aprobados pro Colombia que regulan derechos de carácter procesal, aplicables en nuestro contexto. De igual manera se realizó una breve observación de normativa extranjera (capítulo segundo) que coadyuvara a la correcta interpretación del análisis realizado.

7.3 Diseño de plan de datos

7.3.1 Gestión del Dato

Para la gestión realizada, se visitaron diferentes bibliotecas de las universidades de la ciudad de Medellín, como la Universidad de Medellín, la Universidad Autónoma Latinoamericana y la Universidad de Antioquia, así como bases de datos de páginas jurídicas, entre ellas Legis, Leyer y Ámbito Jurídico, Lexbase, así como las bases de datos jurídicas con las que cuenta la universidad de Medellín, la Universidad de Antioquia y bases de libre acceso mencionadas en las

fuentes secundarias de obtención del dato. Igualmente, se realizaron consultas en internet de los repositorios de las diversas universidades.

7.3.2 Obtención del dato

Fuente Primaria: Se efectuó un estudio juicioso de las sentencias dictadas por el Consejo de Estado, que han establecido la definición y alcance de las medidas cautelares innominadas.

Fuente Secundarias: Fuentes bibliográficas, donde se pueda obtener libros, sentencias y doctrina para facilitar el análisis del tema de investigación, también se analizó la jurisprudencia, trabajos de investigación relacionados al tema, derecho comparado y artículos de revistas.

Algunas de las fuentes secundarias consultadas son:

www.ambitojuridico.com

www.lexbase.co

www.bibliotecajuridica.com.co

www.suin-juriscol.gov.co

www.redjurista.com

www.scielo.org.co

www.legis.com.co

www.legismovil.com

www.jursoc.unlp.edu.ar

www.udem.edu.co

www.ucatolica.edu.co

www.funlam.edu.co

biblio.juridicas.unam.mx

latam.tirantonline.com

www.consejodeestado.gov.co

www.corteconstitucional.gov.co

www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes

www.umng.edu.co

https://scholar.google.com.co

www.scopus.com

www.redalyc.org

www.latindex.org

Biblioteca de la Universidad de Medellín

Biblioteca de la Universidad de Antioquia

Biblioteca de la Universidad Pontificia Bolivariana

Bibliotecas Pública Piloto

Biblioteca Universidad Nacional

7.3.3 Recolección del dato

La recolección del dato se realizó por el investigador durante el tiempo establecido en la presente investigación. La información recolectada fue registrada en cuadros de resumen, de análisis de sentencias y se diseñó un cuadro especial, en el cual se señalaron 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.

7.3.4 Plan de Análisis

Se analizó cada objetivo específico de la siguiente manera:

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS DE CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
Describir, desde el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y desde la jurisprudencia, los criterios normativos para la aplicación de las medidas cautelares innominadas.	Recolección bibliográfica Análisis sentencias	Describir	Cuadros Sinópticos Tablas Organigramas
Establecer la seguridad jurídica como finalidad de las medidas	Recolección bibliográfica Análisis sentencias	Estudiar	Cuadros Sinópticos Tablas Organigramas

cautelares innominadas en el sistema jurídico colombiano.			
Estudiar, desde la tutela judicial efectiva, los criterios normativos y jurisprudenciales para la aplicación eficaz de las medidas cautelares innominadas del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.	Recolección bibliográfica Análisis sentencias Cuadro especial de análisis de sentencias estudiadas en la investigación	Evaluar	Cuadros Sinópticos Tablas Organigramas

Fuente: La presente investigación, 2021.

7.3.5 Procesamiento del dato

El dato fue procesado por medio de fichas de recolección bibliográfica, de resumen, de análisis de sentencias y se diseñó un cuadro especial, en el cual se plasmaron 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.

8. RESULTADOS

Los resultados obtenidos en esta investigación hacen palpable la dificultad de aplicar las medidas cautelares innominadas en el proceso contencioso administrativo, pues si bien existen unos criterios normativos y jurisprudenciales, los mismos no han sido estandarizados y detallados de manera concreta por parte del legislador, en la medida en que para el caso de las medidas cautelares atípicas son aplicados los requisitos generales que se usan para cualquier tipo de medida cautelar.

En este orden de ideas, se hace necesario, entonces, recordar los criterios genéricos que el juez debe tener en cuenta al momento de implementar la medida cautelar innominada, de acuerdo con lo analizado a lo largo de este trabajo investigativo. Es así como el juzgador debe atender a una motivación fundada de la necesidad de implementar la medida, las posibles consecuencias gravosas que se pueden presentar de no aplicarse la medida, y la ponderación de derechos.

Como consecuencia de lo anterior, se pudo colegir que estos criterios exclusivamente pueden determinarse de manera concreta, esto es, cuando el juzgador realiza un análisis del caso sub júdice y sus particularidades, dado el margen de amplitud que existe en este tipo de medidas.

No obstante, a lo largo de este trabajo se logró identificar ciertos parámetros generales en

los que se encuentra plena concordancia entre el legislador y el ente jurisdiccional. En tal sentido, se encontró, como mandato imperativo a la hora de realizar el estudio para implementar una medida cautelar innominada y pueden enumerarse de la siguiente forma: 1) la motivación de la decisión; que supone que se debe tener en cuenta la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida a aplicar; 2) La razonabilidad, que implica que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; 3) el carácter inminente y real, que significa que existe una verdadera o inminente vulneración o afectación a un derecho, que debe ser demostrado, así fuere sumariamente, por el solicitante; 4) así como la titularidad de los derechos invocados; 5) el *Fumus Boni Iuris*, que no es otra cosa que la apariencia de un buen derecho; 6) el hecho de que de no implementarse pueda generar una situación más gravosa, o se de un perjuicio irremediable al demandante o se hagan nugatorios o de imposible cumplimiento los efectos de la sentencia; 7) el criterio de alcance y duración, que debe estar acorde a la proporcionalidad, la necesidad, idoneidad y razonabilidad de la medida; 8) que sea rogada, esto es, que sea solicitada por la parte interesada, dado que no le es posible al juez decretarla de oficio; 9) el no entrar en prejuzgamiento, lo cual implica que el juez no puede tomar posición a favor de ninguna de las partes, solo por el hecho de decidir sobre la medida, sino que debe continuar con el proceso hasta llegar al fallo que corresponda, fundado en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso y, finalmente; 10) la ponderación de derechos confrontados. Del mismo modo se encontró que, de manera implícita, la norma establece, para el decreto de medidas cautelares innominadas, 11) que se trate de "otra medida", dado que el carácter innominado precisamente se deriva del hecho de no estar enunciadas en un listado señalado por el legislador.

En consecuencia, y a manera de resumen general, la medida cautelar innominada debe contener los parámetros de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad para poder ser

oficiada por el juez, además de las exigencias genéricas requeridas para las medidas cautelares en general que son, que la demanda esté razonablemente fundada en derecho, que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados, que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla y, finalmente, que de no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable al demandante o se hagan nugatorios los efectos de la sentencia.

El objetivo general que se planteó en la investigación tenía como fin delimitar 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; uno de los resultados que se puede evidenciar durante la lectura del estudio que se realizó, es que la Corte Constitucional ha logrado aclarar que para que existan criterios claros e inequívocos al momento de implementar las medidas cautelares innominadas, se debe legislar de forma concisa y clara, teniendo suma responsabilidad, porque se debe prevenir que el juez entre en el campo del prejuzgamiento. Esto anterior se funda en que las medidas cautelares buscan garantizar los derechos de quien las solicitan, en el eventual caso de obtener sentencia favorable; sin embargo, también es cierto que las medidas cautelares se imponen antes que la contraparte sea vencida en juicio, por lo que, si no se decretan de forma adecuada, pueden generar un perjuicio mayor.

Por otro lado, se ha sostenido que la aplicación de las medidas atípicas implica una serie de requisitos que llevan al juez a tomar decisiones de viabilidad de la misma, empero, los resultados que se han demostrado dejan entrever que al momento de implementarse la medida, tal vez lo que más prima es la interpretación judicial de las normas jurídicas y su aplicación al caso

concreto, pues de esta forma el operador jurídico efectuará una correcta práctica de las medidas cautelares innominadas que se solicitan.

Bajo este razonamiento, es posible ver como resultado que la efectividad del proceso de implementación y uso de las medidas garantes atípicas solo se hace posible gracias a la congruencia que tienen estas con las pretensiones de la demanda y a través de los fundamentos facticos que demuestren la procedencia de la cautela, lo cual, como se pudo observar precedentemente, obedece a una juiciosa interpretación judicial de los fines propios de la medida, en consonancia con los principios generales de nuestra constitución.

No obstante, y pese a la relevancia que toma el juez como intérprete y aplicador de la medida cautelar innominada, no se puede concluir que los criterios de implementación obedezcan a un tema llevado a la subjetividad del juez, quien bajo el estudio del caso en cuestión decidirá, de conformidad con los parámetros generales establecidos por la ley y la jurisprudencia, si es útil y pertinente la adopción de una medida cautelar innominada, poniendo de presente que, si bien el juez puede advertir la utilidad de una cautela atípica dentro de un proceso, este jamás podrá abordarla de oficio.

En cuanto al primer objetivo específico, describir, desde la ley, en especial desde el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y desde la jurisprudencia, los criterios normativos para la aplicación de las medidas cautelares innominadas, se logró la descripción de las normas que plantean los requisitos generales frente al tema estudiado, así como se encontró que la jurisprudencia generó una mayor apertura en cuanto a la práctica de las medidas cautelares innominadas. Es posible evidenciar lo anterior en el hecho que la Alta Corte de lo Contencioso Administrativo advierte la necesidad de crear bases firmes bajo las cuales los jueces puedan crear confianza para darle aplicación a este tipo de medidas que de una u otra forma han

sido controversiales en el mundo jurídico. Por su parte, la Corte Constitucional también puntualiza la relevancia de esta herramienta jurídica y las directrices generales que debe tener el juez al momento de usarla en un caso concreto. Desde el punto de vista normativo, se logró describir las normas específicas, relativas a las medidas cautelares, contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como las interpretaciones de jurisdiccionales de las cuales estas han sido objeto, analizando sentencias hito en la materia. De lo anterior, además, se logró concluir que para realizar una petición de esta índole es necesario tener en cuenta el principio de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva. Asimismo, en cumplimiento de este objetivo, se logró establecer una serie de criterios normativos y jurisprudenciales que pueden resumirse en los siguientes cuadros:

Criterios de acuerdo con la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso	Criterio	Descripción
	Que se trate de "otra medida"	Esto es, distinta de la consagradas en el código general del proceso para procesos declarativos
	Razonabilidad	La medida debe considerarse razonable por el juez para proteger el derecho objeto del litigio, o impedir que se infrinja o evitar las consecuencias de esa infracción, o prevenir daños o hacer cesar los ya causados, o asegurar la efectividad de la pretensión
	Legitimación	Debe apreciarse por el juez la legitimación o interés de ambas partes para actuar
	Carácter inminente y real	Tiene que haber una amenaza o vulneración reales del derecho, pues la protección es viable para "impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma",

		para evitar "daños, hacer cesar los que se hubieren causado "
	Apariencia de un buen derecho <i>(Fumus Boni Iuris)</i>	Esto es, tiene que haber una base probatoria suficiente para considerar que el demandante tiene una alta probabilidad de razón y de ganar el pleito, sin que implique un prejuzgamiento.
	Necesidad, efectividad y proporcionalidad	El juez debe evaluar la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida solicitada, o que él considere viable, porque dentro del espectro normativo, puede decretar una menos gravosa o distinta de la solicitada.
	Alcance y duración	El juez debe establecer el alcance de la medida, así como su duración, y puede disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cesación de la medida que haya ordenado.
	Que sea rogada	El Código General del Proceso dispone que las partes son las que deben solicitar las medidas, pues estas no son procedentes de oficio.

Criterios de acuerdo con la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	Criterio	Descripción
	Que se trate de "otra medida"	A pesar de no encontrarse en la normativa este requisito, es obvio que debe tener en consideración, puesto que para adoptar una medida de carácter innominado es menester que no se trate de las enumeradas por el legislador.

	Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.	Esto significa que para que la petición de medida cautelar innominada sea procedente, la demanda a la cual es accesoria debe tener un claro y suficiente sustento legal.
	Titularidad del derecho	Esto quiere decir que el demandante debe demostrar, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
	Ponderación	Este criterio implica que el demandante debe presentar los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir al juez, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
	Perjuicio irremediable o ineficacia de la eventual sentencia	Este criterio supone que, de no otorgarse la medida, se causará un perjuicio irremediable; o examinar si existen serios motivos para considerar, por parte del juez, que de no otorgarse la medida cautelar los efectos de la sentencia serían ilusorios.
	Que sea rogada	El Código General del Proceso dispone que las partes son las que deben solicitar las medidas, pues estas no son procedentes de oficio.

	Debe tratarse de procesos declarativos	En materia contencioso-administrativa, queda claro que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 229 de la ley 1437 de 2011, las medidas cautelares innominadas, tal y como se han venido analizando, son de procedencia exclusiva en el marco de los procesos declarativos.
--	---	--

Criterios jurisprudenciales, desde los precedentes establecidos por las altas cortes colombianas	Criterio	Descripción
	No prejuzgamiento	la Corte Constitucional ha expresado que el juez debe evitar entrar en el campo del prejuzgamiento, porque si bien es cierto que las medidas cautelares buscan garantizar los derechos de quien las solicitan, en el eventual caso de obtener sentencia favorable, también es cierto que estas se imponen antes que la contraparte sea vencida en juicio, por lo que si no se decretan de forma adecuada, podría llegar a afectarse derechos de carácter fundamental de la contraparte, como lo son el debido proceso y el derecho de defensa.
	Ponderación	El juez debe realizar un análisis en cuanto a la implementación teniendo como consideración la gravedad de la posible afectación de los derechos constitucionales del solicitante de no implementarse la medida precautoria, así como la afectación que se cause con la imposición de la medida a la contraparte. Es decir, la medida será procedente

		<p>siempre cuando el demandante a través de diversos medios probatorios y argumentativos logre demostrar que sería más gravoso para el interés público el hecho de no adoptar la cautela.</p>
	<p>Necesidad, idoneidad y razonabilidad</p>	<p>Este criterio se encuentra ligado a la motivación que debe contener la implementación de una medida cautelar de carácter innominado, en primer lugar, porque la medida no puede obedecer a arbitrariedades del juez. En segundo lugar, porque el juzgador debe obrar consultando la equidad, la razonabilidad, conveniencia y que se trate de una medida apropiada para garantizar los principios y derechos constitucionales de las partes, pues evidentemente, por ser innominadas, no existe criterios del orden legal para su imposición. Del mismo modo, se debe tener en cuenta que <i>la idoneidad</i> implica que la medida se adecúe a la situación con tal de evitar la situación que amenaza la vulneración del derecho. Por otro lado, <i>la necesidad</i> implica que, por tratarse de situaciones que aún no han sido decididas, sino que se trata de eventuales derechos que pueden ser reconocidos o no en el marco de un proceso jurisdiccional, se debe implementar única y exclusivamente aquellas medidas que eviten la vulneración del derecho, sin que estas últimas sean lesivas de los derechos de las personas en contra de quien se</p>

	<p>imponen las cautelas. Finalmente, <i>la razonabilidad</i> consiste en realizar un juicio de intereses, para determinar el grado de afectación y satisfacción de los principios confrontados.</p>
<p>Que se trate de “otra medida”</p>	<p>La jurisprudencia de las altas cortes es uniforme en resaltar que, para implementar una medida cautelar de carácter innominado, es menester que no se encuentre listada en las normas vigentes, puesto que los requisitos establecidos para el decreto de las medidas innominadas no pueden ser extensivos a aquéllas que ya han sido categorizadas e identificadas por la ley. Asimismo, porque la finalidad del legislador era dejar el espacio abierto a otras alternativas diferentes de las ya descritas de manera expresa.</p>
<p><i>Fumus boni iuris</i></p>	<p>Quien hace la solicitud de la medida cautelar debe demostrar el posible perjuicio, o allegar material probatorio que le permita al togado establecer la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Debe existir una “apariencia de un buen derecho”.</p>
<p><i>Periculum in mora</i> (perjuicio de la mora)</p>	<p>Consiste en el análisis realizado por el juzgador en el cual se deben tener en consideración dos elementos, a saber: el tiempo de resolución del conflicto allegado a su conocimiento y la no satisfacción del derecho. Esto no significa otra cosa que si no se resuelve a tiempo el litigio, se verán de manera irremediamente afectados los</p>

	derechos del solicitante, por lo cual se hace imperioso adoptar una medida cautelar.
Debe tratarse de proceso declarativos	En materia contencioso administrativa, queda claro que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 229 de la ley 1437 de 2011, las medidas cautelares innominadas, tal y como se han venido analizando, son de procedencia exclusiva en el marco de los procesos declarativos.
Que sea rogada	De conformidad con lo que ordena el artículo 229 de la ley 1437 de 2011, el decreto de las medidas cautelares procede únicamente a petición de parte, salvo aquellos procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los cuales podrán ser decretadas de oficio.

Respecto del segundo objetivo específico, establecer el papel que juega la seguridad jurídica respecto de la finalidad de las medidas cautelares innominadas en el sistema jurídico colombiano; se logró constatar que la implementación de la cautela encuentra su fundamento esencial para este principio, de tal forma que lo que busca el legislador es procurar que los administrados puedan acceder a la administración de justicia para incoar sus derechos y la protección de los mismos, teniendo una guarda que vele por el resultado final que se decidirá en la sentencia y garantizando la certeza y previsibilidad razonable del derecho.

Como se evidenció, la seguridad jurídica es un requisito fundamental para la formación y existencia del Estado Social de Derecho, un cimiento de los ordenamientos jurídicos actuales, para tener seguridad en las normas, la jurisprudencia, las instituciones y en el mismo Estado.

Este principio es la razón de ser de las medidas cautelares, tanto así que la Corte se ha pronunciado expresando que es un requisito esencial en el Estado Social de Derecho, pues las medidas cautelares tienen carácter de accesorias, dirigidas especialmente a la conservación del objeto o derechos en litigio, y es particularmente por tal característica que van de la mano con el principio de seguridad jurídica, al garantizar el resultado del fallo y calcular los posibles resultados jurídicos.

De otro lado, como último objetivo planteado, se propuso estudiar la tutela judicial efectiva y su incidencia en cuanto a la implementación de las medidas cautelares innominadas en el procedimiento contencioso administrativo. Se observó que la tutela judicial efectiva se debe concebir, principalmente, como el acceso a la administración de justicia, como la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente para dirimir un conflicto, así como el derecho a obtener una resolución de fondo del conflicto y el derecho a que la sentencia que se profiera se ejecute en la práctica, siendo esta última la que se protege a través de las medidas cautelares, las cuales aseguran la posibilidad de ejecutar las decisiones dadas en la sentencia.

Con lo observado a lo largo de la presente investigación, se pudo generar un análisis de la Tutela Judicial Efectiva, donde se logró evidenciar la relación que tiene la misma con las medidas cautelares, debido a que estas establecen la salvaguarda de tal principio.

Con la Tutela Judicial Efectiva se pretende que finalmente exista un acceso real a la justicia, puesto que, en primer lugar, este principio tiene como objetivo la posibilidad de que los ciudadanos puedan llevar los conflictos ante un tercero imparcial denominado administración de justicia. Por

otro lado, y con la finalidad única de garantizar que los conflictos resueltos a través de una providencia puedan materializarse efectivamente, se encuentra, entonces, que las cautelas de forma general, y en particular las de carácter atípico, aseguran de forma eficaz el cumplimiento de la sentencia judicial que declare la existencia de un derecho. De esta manera, la decisión tendrá mayor importancia y trascendencia, pues en la realidad, de no existir estas medidas accesorias, pueden generarse fallos que no sean operantes en el mundo jurídico.

Si bien los resultados obtenidos fueron los propuestos en los objetivos planteados, delimitar los criterios que se deben tener al momento de pedir cautelas innominadas en la normativa existente, es medianamente posible, pues el mayor límite de la investigación obedece a la falta de pautas o requisitos que el legislador ha omitido en la normativa para generar mayor utilización de este tipo de garantías, así como la falta de jurisprudencia frente al tema, dado que no son extensos los pronunciamientos judiciales sobre la materia; lo cual genera un amplio margen de interpretación por parte del juzgador al momento de implementar las cautelas innominadas, incluso se podría hablar de discrecionalidad; por lo cual, y como consecuencia de todo lo que se ha analizado, reina, en este momento, el criterio del juez frente a un caso en particular y la creatividad del litigante teniendo en cuenta las normas establecidas.

No obstante, se logró delimitar varios criterios, de orden normativo y jurisprudencial, los cuales son requisitos exigidos a todas las solicitudes de medidas cautelares tales como que se trate de "otra medida", que exista motivación de la decisión; la razonabilidad, el carácter inminente y real, así como la titularidad de los derechos invocados; el *Fumus Boni Iuris*, o apariencia de un buen derecho; el hecho de que de no implementarse pueda generar una situación más gravosa, o se de un perjuicio irremediable al demandante o se hagan nugatorios o de imposible cumplimiento los efectos de la sentencia; el criterio de alcance y duración, que sea rogada, el no entrar en

prejuzgamiento y, finalmente; la ponderación de derechos confrontados.

Estos resultados se pueden comparar con conclusiones que fueron expuestas en diferentes investigaciones según (Meza, 2015), “Este tipo de medida es un reflejo de la lógica propia a las decisiones proferidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que el juez contencioso en Colombia debe empezar a adoptar, el nuevo contexto normativo favorece el sustento de legalidad que antes no poseía”

Dicho lo anterior, es posible corroborar los resultados a los cuales llegó esta investigación, puesto que a pesar de que la utilización de la medida cautelar innominada en el sistema judicial colombiano es precaria, existen algunos criterios, decantados por el ordenamiento jurídico, que apoyan su aplicación al momento de ser necesaria una medida cautelar que no se encuentre de manera explícita en el ordenamiento jurídico.

Lo discutido frente al tema de la tutela judicial efectiva, en perspectiva de otras investigaciones, es completamente procedente, de tal manera que, como lo manifiesta (Restrepo, 2005) “La ausencia de otras medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo trae como consecuencia, como lo señala Campo Cabal⁶⁹, el incumplimiento por parte del Estado de su deber de garantizar a los ciudadanos el cumplimiento de los efectos de las sentencias, pues tal es el alcance del principio de la tutela judicial efectiva, ya que el mismo abarca no solamente el derecho a la jurisdicción y el debido proceso, sino que se extiende a la eficacia de las decisiones judiciales”

De esta manera ratifica el hecho que se pudo corroborar dentro de la investigación realizada, es decir, con la ampliación del número de medidas cautelares contempladas en materia contenciosa administrativa, y en particular con la posibilidad de implementar las medidas cautelares innominadas, se intenta salvaguardar la eficacia de las providencias. Igualmente, se

⁶⁹ Campo Cabal, Juan Manuel, Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 16.

busca asignar a las partes, en el marco del proceso contencioso administrativo, lo justo en cuanto a la búsqueda de sus derechos, además que, poco a poco, y con ocasión de la implementación de este tipo de garantías jurisdiccionales, se amplíen los criterios que orientan al juzgador y a quienes realiza la solicitud de estas medidas, para que sea cada vez mayor su aplicación.

9. CONCLUSIONES

A lo largo de este proyecto investigativo se concluyó que por iniciativa del poder legislativo se implementó en el sistema jurídico colombiano la figura de la medida cautelar, con el propósito de que los fallos proferidos por los jueces sean exigibles, y con la finalidad única de asegurar el cumplimiento de una tutela judicial efectiva y mantener firme el concepto de seguridad jurídica, dando la posibilidad a las partes de solicitar al juez los mecanismos que tienen como fin garantizar la protección e integralidad de un derecho.

Por otro lado, se puede concluir que a partir de la promulgación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el año 2011, se implementó un sistema de medidas cautelares suficientes para las situaciones actuales en el ordenamiento jurídico, especialmente con la cautela innominada, la cual logra prever y proteger el objeto propio del proceso. De esta manera en materia contencioso-administrativa existen diferentes medidas cautelares, encontrándose en la mencionada ley, los artículos 229 y subsiguientes, donde la presenta el sistema cautelar la herramienta concreta que se enfoca en asegurar, de manera cierta y real, el acceso a la Administración de Justicia y que las mismas tienen como requisito mínimo tener una relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

El objetivo general en el cual se fundamentó esta investigación era delimitar de 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, desde allí se logra concluir que existe una relación de dependencia entre el principio de seguridad jurídica y las medidas cautelares, dado que solo se puede garantizar aquella con la protección del objeto del litigio desde antes de proferir una decisión.

El primer objetivo específico consistió en describir, desde la ley, en especial desde el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y desde la jurisprudencia, los criterios normativos para la aplicación de las medidas cautelares innominadas. De esta manera, se llegó a la deducción que las normas contencioso-administrativas establecen unos criterios específicos al momento de aprobarse una medida cautelar de cualquier tipo, así como una de carácter innominada, los cuales son, aparte de las reglas generales para las medidas cautelares encontradas en el artículo 233 del CPACA, a) La Motivación de la decisión; lo cual conlleva, necesariamente a señalar el siguiente criterio, b) el hecho de que de no implementarse pueda generar una situación más gravosa o incluso imposibilidad de cumplimiento de la providencia c) la verdadera o inminente vulneración del derecho, y finalmente, d) la ponderación de principios.

Se ha determinado, entonces, que las medidas decretadas por el juez deberán presentarse a petición de parte debidamente sustentada y que para que el operador jurídico las pueda decretar, estas deberán ser consideradas necesarias y deben buscar única y exclusivamente garantizar el objeto litigioso, así como la efectividad de la sentencia. En este orden de ideas, es posible concluir también que, normativamente, para poder dar aplicación a una medida cautelar es necesario que el demandante, a través de diversos medios probatorios y argumentativos, logre demostrar que sería más gravoso para el interés público el hecho de no adoptar tal cautela.

Lo dicho por la Corte Constitucional reafirma aquello que se ha expuesto previamente,

pues se debe realizar una confrontación entre la situación o hecho que da origen al proceso y los preceptos constitucionales que posiblemente puedan llegar a ser vulnerados de no adoptarse la medida preventiva; de la misma manera en que el juzgador debe atender al material probatorio que llegue a su conocimiento para darle sustento a su decisión. Siendo los criterios netamente centrados en el análisis factico versus la ponderación de principios constitucionales, y que, si bien los criterios normativos de la ley 1437 de 2011 son preceptos legales generales, la jurisprudencia entra como criterio auxiliar que delimita la aplicación de las medidas cautelares innominadas, ello para garantizar la eficacia de la sentencia y la seguridad jurídica antes, durante y después del proceso.

Así las cosas, el segundo objetivo específico era establecer el papel que juega la seguridad jurídica respecto de la finalidad de las medidas cautelares innominadas en el sistema jurídico colombiano, y de allí se colige que las medidas cautelares innominadas son una creación para materializar el derecho fundamental a la eficacia y la seguridad jurídica, en el sentido que para hacer efectiva la materialización de los derechos objeto del litigio, el legislador bajo su saber prevé la existencia de circunstancias no cobijadas por el ordenamiento jurídico y dota al operador judicial de concretar medidas de protección, siempre y cuando logre una argumentación con peso, para así decretar medidas que no sean taxativas pero que logren el fin de protección que el Estado está llamado a salvaguardar y que las mismas son mecanismos idóneos para sopesar la eficacia de la administración de justicia, desde antes, durante y después del proceso, ello desde su naturaleza preventivas, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; conservativas, si buscan mantener o salvaguardar un statu quo; anticipativas, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; de suspensión, que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión de la administración o acto administrativo.

Por último, el tercer objetivo específico, el cual buscaba estudiar la tutela judicial efectiva y su incidencia en cuanto a la implementación de las medidas cautelares innominadas en el procedimiento contencioso administrativo, se concluye que el acceso a la justicia es la posibilidad que tienen los administrados de llevar sus conflictos ante un tercero imparcial, que resuelva aquella problemática que se presenta entre los sujetos en desacuerdo y que, de ser necesario, imponga de forma coercitiva su decisión, de esta manera, es palpable entender la importancia de este principio, en el sistema que vivimos actualmente la congestión de acciones judiciales hacen que las decisiones sean demoradas y teniendo en cuenta que los procesos contencioso-administrativos se han caracterizado por prolongarse mucho en el tiempo; sin las medidas cautelares algunos de los derechos que se pretenden no serían exigibles, de tal manera que en el desarrollo de este objetivo se analizó que la tutela judicial efectiva es un principio, que la misma comprende varios derechos, como el de obtener una resolución motivada, a la ejecución de la sentencia y a tener un juez natural que juzgue como tercero imparcial los conflictos que se generaron y pueda dar una solución, es así como se concluye que es un pilar para las medidas cautelares innominadas, en razón que si una persona requiere una medida no contemplada en el ordenamiento jurídico, la misma puede pedirse a través de este principio que otorga la potestad de acceder a otros derechos.

10. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al legislador desarrollar, a través de la ley, de manera detallada y concisa, los criterios que se encontraron en la jurisprudencia al momento de aplicar las medidas cautelares innominadas, como son el no prejuzgamiento, la ponderación, la necesidad, idoneidad y razonabilidad de la medida, además de que se trate de “otra medida”, distinta a las ya establecidas

o enunciadas por el legislador, así como el *fumus boni iuris* (apariencia de un buen derecho), el *periculum in mora* (perjuicio de la mora), que deben ser solicitadas por el interesado y, asimismo, que se practiquen en procesos declarativos; de esta manera, el juez se sentirá en mayor libertad de decretar las medidas cautelares innominadas, sin miedo de actuar por fuera del mandato legal

2. Se invita a los jueces a realizar mayor análisis y argumentación en las sentencias judiciales frente al tema de medidas cautelares innominadas, pues la jurisprudencia frente al tema es escasa y son los operadores judiciales los llamados a generar precedentes, que servirán de referente para la implementación futura de este tipo de cautelas.

3. Se recomienda a los abogados litigantes investigar e indagar acerca de las medidas innominadas que se han decretado en los diferentes despachos o tribunales del país, en las distintas jurisdicciones, para que de esta manera puedan contar con mayor creatividad al momento de solicitar una protección cautelar innominada, donde no necesariamente dicha medida tenga que estar enunciada en la norma.

4. La capacitación a jueces y litigantes frente al tema de medidas cautelares innominadas debe obedecer, además, a una mirada frente al derecho comparado; en el cual se evidencien diferentes y nuevas maneras en las que las partes puedan optar para salvaguardar sus derechos, dado que, como se logró evidenciar dentro de la investigación, existen algunas, aunque no abundantes, regulaciones sobre este asunto en otros países.

5. Se propone a los jueces y magistrados estudiar e implementar cada medida cautelar innominada

según sea el caso, con la finalidad de buscar la mejor herramienta para salvaguardar el objeto del litigio, debido a que existen situaciones fácticas en las que las medidas cautelares típicas pueden ser inoperantes.

6. Tener en cuenta los criterios que debe seguir el juez al momento de estudiar cada caso, los cuales son: 1) la motivación de la decisión; que supone que se debe tener en cuenta la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida a aplicar; 2) La razonabilidad, que implica que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; 3) el carácter inminente y real, que significa que existe una verdadera o inminente vulneración o afectación a un derecho, que debe ser demostrado, así fuere sumariamente, por el solicitante; 4) así como la titularidad de los derechos invocados; 5) el *Fumus Boni Iuris*, que no es otra cosa que la apariencia de un buen derecho; 6) el hecho de que de no implementarse pueda generar una situación más gravosa, o se de un perjuicio irremediable al demandante o se hagan nugatorios o de imposible cumplimiento los efectos de la sentencia; 7) el criterio de alcance y duración, que debe estar acorde a la proporcionalidad, la necesidad, idoneidad y razonabilidad de la medida; 8) que sea rogada, esto es, que sea solicitada por la parte interesada, dado que no le es posible al juez decretarla de oficio; 9) el no entrar en prejuizamiento, lo cual implica que el juez no puede tomar posición a favor de ninguna de las partes, solo por el hecho de decidir sobre la medida, sino que debe continuar con el proceso hasta llegar al fallo que corresponda, fundado en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso y, finalmente; 10) la ponderación de derechos confrontados. Del mismo modo que 11) se trate de "otra medida", dado que el carácter innominado precisamente se deriva del hecho de no estar enunciadas en un listado señalado por el legislador.

7. Se invita a los jueces en cada caso particular en el que se le solicite el decreto de una medida cautelar que, en primer lugar, determinen si existe relación entre lo solicitado como cautela y la parte fáctica de la demanda y, en segundo lugar, verifiquen, a juicio de reproche, si con esta medida se garantizaría o no la tutela judicial efectiva de los derechos de las partes en litigio.

11. ÉTICA

El autor, **JORGE ORLANDO CADENA PATERNINA**, manifiesta que, durante todo el proceso investigativo respetó los derechos de autor y la propiedad intelectual, realizando la debida citación de la información compilada, conforme a las normas que dictan la adecuada referencia de los textos seleccionados para lograr los objetivos del presente trabajo.

12. BIBLIOGRAFÍA

Alterini, A. A. (1993). La inseguridad jurídica. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Atienza, M. (1985). Introducción al Derecho. Barcelona: Editorial Barcanova, p. 118.

Barría, C. (01 de 03 de 2019). El derecho a la tutela judicial efectiva. Breve reseña historica (2004).

Cybertesis.uach.cl.

Obtenido

de

<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjb275t/pdf/fjb275t-TH.2.pdf>

Berizonce, R. O. (2010). Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo. Derecho procesal, Universidad Nacional de la Plata, 417-432.

Bolívar Mesa, M. A. (2018). Las medidas cautelares innominadas y su relación con el principio de legalidad. Obtenido de

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

Calamandrei, P. (1996). Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Buenos Aires: librería el Foro.

Calamandrei, P. (1996). Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, traducción de Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: El Foro.

Campo Cabal, J. M. (1997). Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Chinchilla Marín, C. (1991). La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa. Madrid: Civitas, Pags 167-189.

Chinchilla Marín, C. (1991). La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa. Madrid: Civitas.

Coaguila Valdívía, J. (2009). El derecho a un juez imparcial. El Cid Editor.

Congreso de la Republica. (2012). Ley 1564 de 2012 por la cual se expide el Código General del Proceso. Bogotá: Congreso de la República.

Congreso de la Republica de Colombia. (2011). Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá: Congreso de la República.

Consejo de Estado de Colombia. (28 de MAYO de 2012). Sentencia 2011-01174 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, Colombia: Consejo de Estado.

Consejo de Estado de Colombia. (2014). Sentencia 11001 0324 000 2013 00503 00. Bogotá:

Consejo de Estado de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (5 de marzo de 2014). Sentencia 25000-23-42-000-2013-06871-01, C. P. Alfonso Vargas Rincón. Bogotá: Consejo de Estado.

Consejo de Estado de Colombia. (17 de marzo de 2015). Sentencia 11001-03-15-000-2014-03799-00, Magistrada Ponente: Sandra Lissett Ibarra Vélez. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (8 de octubre de 2015). Sentencia 11001-03-24-000-2013-00633-00, Magistrada Ponente: María Elizabeth García González. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (15 de mayo de 2015). Sentencia 11001-03-26-000-2015-00022-0053057, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (2016). Auto 11001-03-26-000-2015-00174-00. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (8 de septiembre de 2016). Sentencia 11001-03-25-000-2016-00019-000034-16, Consejero ponente Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá: Consejo de Estado.

Consejo de Estado de Colombia. (2017). Auto 11001-03-26-000-2017-00083-00(59493) M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá: Consejo de Estado.

Consejo de Estado de Colombia. (5 de julio de 2017). Auto 11001-03-26-000-2017-00083-00-59493 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá: Consejo de Estado.

Constitucional, M. J. (2013). Sentencia C-835.

Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares. (1979). Montevideo,

Uruguay.

Corporación Excelencia en la Justicia & Rama Judicial. (2016). RESULTADOS DEL ESTUDIO DE TIEMPOS PROCESALES. Bogotá: Rama Judicial. Obtenido de https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T 214, M.P Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T- 406 de 1992. MP Ciro Angarita Barón. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-006, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (30 de junio de 1998). Sentencia C-318, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-840 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-153 . Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-426. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia T-502. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-039/04. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-379. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). T-247/07. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C-523. Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-835 de 2013. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia C-284 de 2014. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-086, M.P Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2000 MP Alejandro Martínez Caballero. (2000).

Corte Constituonal de Colombia. (2013). sentencia T-662 . Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (21 de Septiembre de 2005). Resolución del 21 de Septiembre de 2005, Caso López Álvarez y otros. Medidas provisionales respecto de Honduras. San José de Costa Rica: CIDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Resolución del 1 de septiembre de 2016. Solicitud de medidas provisionales respecto Nicaragua. Asunto: pobladores de las comunidades del pueblo indígena Miskitu de la región costa caribe norte.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005. (s.f.).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (11 de Agosto de 2019). Sentencia Radicado 11001-02-03-000-2019-02955-00 (STC 15244). Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina. (28 de 10 de 2014). Asociación Editores de Diarios de Buenos Aires (AEDBA) Y otros c/ EN -dto. 746/03- AFIP s/ medida cautelar. Buenos Aires, Argentina.

Díaz Solimine, O. L. (2011). Medidas cautelares sobre automotores. Buenos Aires, Segunda Edición: Astrea, ISBN: 9789505089284.

Díaz-Bautista, A., & Blanco, P. (2016). Apuntes sobre la ejecución de créditos tributarios en

- Roma. Revista General de Derecho Romano(26), 1-11.
- Díez-Picazo, L. M. (2005). Sistema de derechos fundamentales, 2a. ed. Madrid: Thomson, Civitas.
- García Manrique, R. (2004). Radbruch y el valor de la seguridad jurídica. Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, N° 21, 261-286. Recuperado el 13 de septiembre de 2018 a las 20:00, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217063>
- Garzón Correa, C. A., & García Zapata, M. (Julio - Diciembre de 2013). Medidas cautelares innominadas y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos. (U. Libre, Ed.) 4, 53-77.
- Gil Aguirre, N. J. (2016). Medidas cautelares innominadas en la protección de los derechos de autor y conexos en Colombia. Revista La Propiedad Inmaterial n.º 22, Universidad Externado de Colombia, julio - diciembre, 57-82.
- Gómez Aranguren, G. (2012). El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011, en Briceño de Valencia y Zambrano Cetina (Coord.) Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá: Banco de la República.
- Gómez García, L. M. (2014). Las medidas cautelares en el nuevo código de procedimiento administrativo frente al Decreto 01 de 1984. Tesis de grado para optar por el título de especialista en derecho administrativo. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Gómez, A. D. (2017). Posibilidad de estructurar medidas cautelares innominadas en materia contractual contencioso administrativo en Colombia a partir de algunos referentes descriptivos en el derecho francés e italiano. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Instituto Colombiano de Derecho Procesal. (2012). Exposición de motivos (provisional) del

- Código General del Proceso. Obtenido de <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf>, Bogotá: ICDP. P. 2, consultado el 18 de agosto de 2018
- Kelsen, H. (1971). *Teoría pura del Derecho*, traducción española. Buenos Aires: EUDEBA, pp 142 y ss.
- Leawoods, H. (2000). *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*. Obtenido de *Washington University Journal of Law & Policy*: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1516&context=law_journal_law_policy, págs. 489-515, consultado el 26 de octubre de 2018 a las 10.00
- Lopera Mesa, G. P. (2004). Los derechos Fundamentales como mandatos de optimización. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 27, ISSN: 0214-8676, 211-243.
- Marinoni, L. G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis* vol.18 no.1, 249-266. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122012000100008&script=sci_arttext el 12 de noviembre de 2018.
- Mateu - Ros, Cerezo Rafael. (1982). *El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación*. Buenos Aires.
- Maxeiner, J. (2008). Some realism about Legal Certainty in the globalization of the Rule of Law. *Houston Journal of International Law*, 31, 27-46. Recuperado el 15 de septiembre de 2018 a las 20:00, de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1230457
- Melón Sandoval, Y., & Ortega Martínez, E. (2016). *El derecho a la tutela judicial efectiva y su aplicación al medio de control reparación directa en Colombia*. Trabajo de grado para optar por el título de abogado. Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia.

- Meza, D. A. (2015). La medida cautelar innominada y anticipatoria en el proceso de responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado en Colombia. *Revista Ius et Praxis*, 415 a 438.
- Milán Morales, N., & Araujo Quintero, C. (2014). La fianza judicial como medida de contracautela en el proceso de suspensión de obra nueva. *Revista Jurídica Valenciana* Núm. 32, pàgs. 13-34.
- Milione, C. (2015). *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 1ª edición - Tirant Lo Blanch.
- Morales, E. (2010). *Medidas Cautelares*. Obtenido de <https://m.monografias.com/trabajos15/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>
- Mosquera Ortíz, J. (2015). *LA SEGURIDAD JURIDICA EN LOS FALLOS DEL CONSEJO DE ESTADO EN NULIDAD RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*. Bogotá: UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA.
- Mozo, A. (2017). *Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Madrid: Editorial Reus.
- Murillo, K. (2007). *NUEVAS TENDENCIAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL EN LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS (1995-2005)*. . Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. UNIVERSIDAD DE COSTA RICA.
- Ocampo Acevedo, Rodríguez Rico, Vinasco Vera, & Toro Toro, 2012. (s.f.).
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (22 de Noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

- Ossa, M. (2002). Nuevas tendencias del derecho. *OPINIÓN JURÍDICA* vol. 1, No. , 37-50.
- Palacio, L. E. (1998). *Manual de Derecho Procesal Civil* (14 ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Parra Quijano, J. (2012). Medidas cautelares innominadas. Obtenido de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-qui-jano.pdf> el 24 de septiembre a las 19:00
- Parra Quijano, J. (2013). Medidas cautelares innominadas. En *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. . Medellín: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Pérez Daudí, V. (2005). *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*. Barcelona: José María Bosch editores S.A.
- Pérez Luño, A. (2007). *Los derechos fundamentales*. Tecnos.
- Pérez Luño, A. E. (2000). La seguridad jurídica una garantía del derecho y la justicia. *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, N° 15, 25-38. Recuperado el 13 de septiembre de 2018, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2000-15-48A09575&dsID=PDF>
- Peyrano, J. W. (1997). Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. *Medidas autosatisfactivas* . Obtenido de *Ius et Veritas* : <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15725/16161> consultado el 15 de octubre de 2018 a las 21:30
- Picó i Junoy, J. (2013). *La ejecución provisional de las sentencias de primera instancia Estudio del conflicto entre los derechos al recurso y a la ejecución*. Bogotá, D.C. – Colombia, edición 2013. Obtenido de *Revista Virtual Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, No 39, ISSN 2346-3473: <http://www.icdp.org.co/revista/usuarios/edicionVirtual/39/JoanPicoIJunoy.html>,

Consultado el 6 de Junio de 2018 a las 21:00

- Porras López, E. G., Jiménez Martínez, M. J., Rodríguez Pardo, D. F., Santos Young, E. E., Murillo Romero, D. C., Hernández Guzmán, G., & Galindo Cuadros, D. A. (2015). La medida cautelar innominada: anatomía del acceso a la administración de justicia. *Revista de derecho procesal contemporáneo*, Julio-Diciembre de 2015(ISSN 2463-0594), 124-152. Recuperado el 16 de septiembre de 2018, de <http://publicacionesicdp.com/index.php/revista-semilleros-icdp/article/download/389/pdf>
- Quinche Ramírez, M. (2014). *El control de convencionalidad*. Bogotá: Temis.
- Rengel Romberg, A. (1989). *Medidas Cautelares Innominadas*. Página web del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/293/pdf>, Consultado el 27 de mayo de 2018 a las 19:30.
- Restrepo Medina, M. A. (2005). La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 191-205.
- Restrepo, M. (2005). La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo. *Estud. Socio-Jurídico*, 191 a 205.
- Rueda, M. d. (2017). *Aproximación a la medida cautelar innominada en el contexto colombiano*. Bogotá : Univeridad de los Andes.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Externado de Colombia.
- Segura Ravelo & Villamil Moreno. (2019). Las medidas cautelares innominadas en la legislación Colombiana. *Revista De Derecho*(27), 119-133. doi:<https://doi.org/10.5377/derecho.v0i27.9258>
- Suárez Gómez, M., & Vallejo Ramírez, C. (enero-junio de 2017). Las medidas cautelares

innominadas y el activismo judicial. IUSTA(46), 139-158.

Teso Gamella, P. (2007). Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa (1° ed.). Tirant lo Blanch.

Urdaneta Sandoval, C. A. (2004). Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas de Código de Procedimiento Civil Venezolano. Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Católica Andres Bello(59), 49-236. Obtenido de <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/Revderecho59.pdf>