

**MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO COLOMBIANO- LEY 1437 DE 2011**

**JOSÉ MANUEL VIDAL VEGA
JUNIO DE 2016**



**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
PROGRAMA DE POSGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

Tabla de contenido

1. Introducción	3
2. Justificación y planteamiento del problema	4
2.1. Justificación	4
2.2. Planteamiento del problema	4
3. Objetivos	4
3.1 Objetivo general	5
3.2 Objetivos específicos	5
3. Marco teórico	6
3.1. Origen	6
3.2. Aportes de Piero Calamandrei	9
3.3. Características de la medida cautelar	10
3.4. Supuestos para la imposición de la medida cautelar	11
3.5. Antecedentes	12
3.6. Medidas de Urgencia	13
3.7. Ejecución de medidas preventivas en el derecho internacional privado	13
3.8. Jurisprudencia Internacional	14
3.9. Jurisdicción constitucional	16
3.10. Jurisdicción ordinaria	17
3.11. Jurisdicción contenciosa administrativa	22
3.12. Sentencias del Consejo de Estado	24
3.13. Ponderación de intereses para decretar una medida de urgencia	26
4. Desarrollo planteamiento del problema	33
5. Conclusiones y recomendaciones	39
6. Referencias bibliográficas	41

1. Introducción

La historia de las medidas cautelares es un sendero de antiquísima data. Siendo que en el derecho romano, en el derecho canónico y aún en otro grupo de civilizaciones antiguas se contempló esta figura que subsiste aún en nuestro ordenamiento, el estudio y consecuente análisis de su desarrollo puede resultar provechoso a efectos de situarse en el contexto actual, pero no sin antes abordar todos los antecedentes a que haya lugar, por cuanto este ejercicio se estima necesario para comprender la esencia de las medidas cautelares, y para constatar que, en últimas, ésta no ha mutado en absoluto.

Finalmente, habiendo llegado al quid del análisis propuesto, se ha optado por proponer concretamente el estudio de las llamadas medidas cautelares de urgencia, y ello es así en virtud de la importancia que ostenta y demanda esta concepción en tiempos en los que la defensa de los derechos fundamentales resulta un imperativo. Así pues, al culminar el presente trabajo, se hará evidente la pertinencia de la consagración que el legislador hizo de las medidas cautelares de urgencia en la codificación de lo contencioso administrativo, así como el acertado respaldo jurisprudencial que se le ha dado a las mismas, ya no sólo en aras de garantizar derechos ordinarios y de evitar perjuicios irremediables, sino que también se hace visible en virtud de la presente propuesta, el afán de brindar por todos los medios una protección realmente eficaz a los derechos fundamentales, concretamente ante los eventuales daños que genere la administración a los particulares, afán este que se ha impregnado en las máximas legislativas y lineamientos jurisprudenciales colombianos modernos de diversas maneras, siendo las medidas cautelares de urgencia una de ellas.

2. Justificación y planteamiento del problema

2.1. Justificación

Desarrollar un proceso de investigación en torno a las medidas cautelares y las medidas cautelares de urgencia establecidas en la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “CPACA”, con el fin de determinar la importancia de cada una y determinar las razones por las cuales se llevará a cabo medidas cautelares de urgencia. El tema al estar desarrollado en el CPACA se enuncia taxativamente las medidas procedentes y el procedimiento para su solicitud y decreto. No obstante, el legislador contencioso-administrativo señala que este procedimiento puede ser obviado excepcionalmente, esto es, cuando se trata del decreto de una medida cautelar de urgencia.

Esta cuestión resulta aparentemente paradójica, puesto que se señala un procedimiento a seguir en materia de medidas cautelares –que per sé son medidas que denotan urgencia- y paralelo a esto, se consagra en la misma codificación una causal para la omisión de ese procedimiento. En tal sentido, mediante el presente trabajo se propone el análisis de este hecho, en lo que respecta a las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, contempladas en la Ley 1437 de 2011, puesto que a simple vista se trata de una excepción bastante inquietante.

Así pues, el problema que se aborda y se pretende resolver llevando a cabo el estudio presentado se sintetiza en la siguiente pregunta:

2.2. Planteamiento del problema

Ante los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho establecidos por el CPACA, existe la necesidad de aplicar las medidas cautelares de urgencia y su pertinencia para dar una solución en los casos de los actos administrativos sancionatorios?

3. Objetivos

3.1 Objetivo general

Analizar la necesidad existente respecto de la aplicación efectiva de las medidas cautelares en los casos de actos administrativos sancionatorios analizando las implicaciones que conlleva su aplicación a los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho establecido por el CPACA.

3.2 Objetivos específicos

- Indagar los orígenes de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico y distinguir el concepto de las medidas cautelares en contexto jurídico colombiano.
- Analizar las particularidades de las medidas cautelares en el procedimiento Contencioso administrativo, en aras de garantizar claridad en los conceptos.
- Precisar los fundamentos legales, constitucionales y jurisprudenciales de las medidas cautelares de urgencia en el procedimiento contencioso administrativo colombiano.

3. Marco teórico

Antes de abordar de manera concreta el tema propuesto se hace imperativo realizar sendas precisiones sobre el concepto y los orígenes de las medidas cautelares en toda su extensión; esto, a fin de dejar sentado el marco teórico, estableciendo los parámetros o ejes conceptuales que coadyuvarán el proceso interpretativo e infundirán la coherencia del texto al momento de ahondar en el objeto del presente análisis.

Para dar inicio a esta investigación se estudiará el origen de las medidas cautelares, de esta forma iniciamos la crítica de distintos procesalistas como Augusto Mario Morello y Enrique Vescovi, quienes dicen que existe una medida cautelar porque no es adecuado realizar una distinción entre medida cautelar y medida provisional provisoria o de urgencia (Morello, 1984).

3.1. Origen

Cuando se habla de cautelar se hace referencia al latín cautela, el cual es un verbo transitivo, que significa "prevenir, precaver" y cautela que viene del latín cautela de catus, cauto, es decir preocupación o reserva con que se procede. Cautelar, es un adjetivo derivado de preventivo o precautorio, entonces se dice que son las medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo (Lengua, 2010), a su vez el termino precaver significa prevenir un riesgo daño o peligro para guardarse de él y evitarlo (Lengua, 2010).

Con relación a medida, la palabra tiene la connotación de acción y efecto para medir; para Guillermo Cabanellas la palabra medida se refiere a la expresión "tomar medidas" diciendo que es adoptar las disposiciones o dar las ordenes que las

circunstancias impongan; de modo singular, para restablecer el orden, la confianza o disciplina (Cabanellas, 1991).

Entonces se puede decir que se entiende por medida cautelar aquella disposición adoptada para prevenir un daño o peligro cuando las circunstancias lo impongan, por ello es en escenario de derecho procesal en el cual se deben conceptualizar las instituciones jurídicas.

Ahora bien, aunado a todo lo anterior, el Diccionario de la Real Academia Española consagra también una definición del término compuesto (medida cautelar), así:

*"f.pl. Der. **medidas** que se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir en favor del actor la eficacia final de la sentencia. Se utilizan también en el procedimiento administrativo".*

De las definiciones esbozadas es dable colegir la naturaleza preventiva de las medidas cautelares, así como sus fines en lo pertinente. Así pues, se tiene que, en lo que ahora nos concierne, y de conformidad con los parámetros conceptuales de la Real Academia de la Lengua Española, se trata en sentido estricto de *la preservación el bien litigioso* y/o *la prevención -en favor del actor- de la eficacia final de la sentencia*.

Para que se de origen a una medida cautelar es necesario la concurrencia de tres requisitos inoponibles: que sea un caso grave, que sea un caso urgente, y se busque evitar un daño irreparable.

Analizando el contexto desde el punto de vista del derecho procesal en el sistema interamericano de derechos humanos las medidas se establecieron en la Convención Americana sobre derechos humanos en los requisitos antes mencionados.

El 8 de mayo de 1970 se celebró en Montevideo Uruguay la Convención Interamericana sobre ejecución de medidas preventivas, los Estados Miembros de la OEA (Ratificación e incorporación Ley 42 de 1986) concertaron el cumplimiento de medidas cautelares.

La convención en el artículo 1 precisa el concepto y el objeto de estas medidas, “para los efectos de esta Convención las expresiones –medidas cautelares, medidas de seguridad o medidas de garantía – se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, los bienes o las obligaciones de dar, hacer o no hacer en una cosa específica en cualquier clase de proceso (laboral, civil, penal en cuanto a la reparación civil)

El objeto de las medidas cautelares está definido en el artículo 10 de la Convención, “las autoridades jurisdiccionales de los Estados parte en esta Convención ordenaran y ejecutaran a solicitud fundada de arte, todas las medidas conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual, el objetivo fundamental es la protección de los derechos humanos (Cancado Trindade).

En este punto es pertinente anotar la categórica distinción que al respecto hizo el jurista Piero Calamandrei, quien en su obra *Introducción a las providencias cautelares*, realizó un estudio sistemático de esta figura de stirpe procesal, precisando en primer lugar que a su juicio resultaba más adecuada la denominación de *providencia cautelar* en razón de su particularidad, por cuanto la medida cautelar (providencia cautelar en criterio del autor) *se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias judiciales* (Morello & Vescovi).

Es de anotar también que, en relación con la esencia de la figura, el autor ilustra lo que constituye el elemento característico de la medida cautelar en tanto su naturaleza preventiva, y en tal sentido, asevera que *"también la tutela ordinaria puede tener un objeto preventivo; también la providencia definitiva (no cautelar), puede, en ciertos casos, dictarse con carácter de urgencia, consiguiendo de este modo que la tutela ordinaria llegue sin retardo. Pero, para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar, es necesario que a estos dos elementos (prevención y urgencia) se añada un tercero, que es en el que propiamente reside el alcance característico del periculum in mora; esto es, hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso ordinaria, la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisionales que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera"*.

3.2. Aportes de Piero Calamandrei

Los aportes del procesalista italiano al derecho procesal general (Calamandrei, 1984) y en especial al sistema interamericano de derechos humanos, son los siguientes:

- a. En el derecho procesal se distinguen dos clases de providencias judiciales: la providencia de fondo o la providencia definitiva (sentencia) del proceso, y las demás providencias que el juez adopta en el trámite del proceso; ahí se destaca la providencia cautelar que tiene el carácter de la provisoriedad o temporalidad, es decir la limitación de la duración de sus efectos en el tiempo.
- b. La procedibilidad de la providencia cautelar requiere la presencia de un interés jurídico, que surge ante la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo en la producción de la providencia definitiva, lo que se denomina periculum

in mora, riesgo o peligro que se corre mientras se dicta la providencia definitiva y tal riesgo es la consumación del daño jurídico.

- c. Ante la eminencia del peligro se requiere que la providencia cautelar tenga el carácter de urgente es decir que el juez debe dictarla sin retardo.
- d. Daño temido y daño efectivo existirá la amenaza de que este se consume definitivamente transformándose en un daño irreparable al derecho.

3.3. Características de la medida cautelar

3.3.1. Temporal y provisoria

Este primer aspecto indica, conforme a lo que sugieren ambas acepciones, que la medida cautelar pese a constituir una providencia autónoma, ha de ser suspendida en algún momento, y que de hecho, si bien se trata de una determinación garantista de los fines del proceso, ésta se encuentra -implícitamente- a la espera de otra decisión que puede darse en cualquier momento procesal y en virtud de cualquier actuación, y que indefectiblemente modificará su estirpe.

3.3.2. Instrumental

En cuanto a la instrumentalidad, ésta se sustenta en el hecho de que la medida cautelar plasmada en una decisión judicial no constituye un fin en sí mismo, sino que se ordena para salvaguardar la consecución de dicho fin. Dicho de otra manera: se trata un instrumento de garantía de los derechos del accionante o de la integridad del objeto del litigio. Y si bien es claro que existe cierto aura de prejuzgamiento en la concesión de una medida cautelar, no es dable colegir juicios de fondo a partir del decreto de la referida medida, y es precisamente por ésta razón que en ciertos casos la contracautela –

materializada en la prestación de una caución para garantizar eventuales perjuicios generados con la adopción de medidas cautelares- constituye también un supuesto de concesión de las mismas.

3.3.3. Variable

Al respecto debe precisarse que se trata de determinaciones provisionales que además de poder ser eventualmente suprimidas pueden variar en su forma o monto a petición del accionado o del beneficiario, puesto que ha quedado claro, a partir de la característica de temporalidad y de su carácter de provisionales, que no se trata de disposiciones inmutables.

3.4. Supuestos para la imposición de la medida cautelar

En concordancia con todo lo anterior, ha de precisarse en este punto lo acogido reiteradamente por la doctrina de forma unánime, en tanto, para que sea viable el decreto de una medida cautelar ha de constatarse la concurrencia de dos presupuestos, a saber: (i) *el fumus boni iuris*, que literalmente traduce apariencia de buen derecho, y hace referencia a la verosimilitud del derecho invocado por el autor, por cuanto ha de ser posible predicar anticipadamente cierto nivel de certeza respecto de la causa invocada en el proceso; y, (ii) el *periculum in mora* o *peligro en la demora*, siendo éste el supuesto esencial, consistente en la probabilidad o peligro de concurrencia de un perjuicio irreparable para el actor, y/o de la inoperancia de la tutela judicial invocada, probabilidad que puede ser progresiva en el supuesto de no ordenarse la medida cautelar. Además, en la mayoría de los casos se encuentra presente también el requisito denominado "*contracautela*" que no es más que la garantía que ha de prestar el beneficiario de la medida cautelar para garantizar los eventuales perjuicios que puedan derivarse de ella y recaer sobre el accionado.

3.5. Antecedentes

Interdictos en el Derecho Romano. Concepto que encuentra su origen etimológico en el latín *interdictum*, que literalmente traduce entredicho. De tal definición se colige la esencia que históricamente se ha predicado de manera reiterada respecto de las medidas cautelares. En los mismos términos ofrece Justiniano la primera definición de interdictos en sus *Instituciones*, enseñando que *eran aquellos unas fórmulas y concepciones de palabras, por las cuales el pretor mandaba o prohibía que se hiciese alguna cosa*, entonces, en sentido estricto estamos ante una orden judicial. Una segunda concepción del término es la de un proceso judicial de carácter provisional. Y por último, puede concebirse como una acción extraordinaria mediante la cual se da una orden al poseedor en relación con el objeto del litigio.

Así pues, es evidente que el concepto moderno de medida cautelar encuentra su antecedente más primario en el Derecho Romano, siendo que, como bien lo precisa Petit, el pretor profería los llamados interdictos, que dicho sea de paso, podían ser exhibitorios, restitutorios y prohibitorios, dependiendo de la orden del pretor de exhibir, restituir o prohibir alguna cosa, respectivamente. En este punto es pertinente aclarar también que se trataba de medidas excepcionales, por cuanto en la mayoría de los casos la ley legitimaba al acreedor de una obligación para ejercer, por su propia cuenta, acciones tendientes a obtener el cumplimiento de la misma; siendo que, en aquellos casos de concurrencia del incumplimiento que no se hallaban cobijados por ninguna de las referidas acciones, el afectado se encontraba entonces totalmente legitimado para acudir ante el pretor a fin de que éste, ejerciendo su autoridad mediante un *interdictum*, prestara la garantía a que hubiere lugar (Petit, 1996).

3.6. Medidas de Urgencia

Las medidas de urgencia son aquella que adopta el Presidente de la Corte (IDH), cuando esta no se encuentra en sesiones, por las que dispone requerir al Estado para que dicte las providencias urgentes necesarias, asegurando la eficacia de las medidas provisionales.

Una medida de urgencia no tiene una base convencional ni reglamentaria; esta figura se explica en una medida donde no existe un órgano permanente y por tanto requiere dar una respuesta a un requerimiento urgente para evitar un daño irreparable.

Emilia Segares R. comenta que las medidas se pueden clasificar según el sujeto protegido o según el derecho protegido, es decir si se trata de sujeto se puede clasificar según se trata de una presenta víctima, de sus familiares, de un testigo o de una comunidad, etc. Si se clasifica según el objeto o derecho protegido se podrían dividir en vida e integridad personal, centros de detención, etc (Emilia, 2003).

3.7. Ejecución de medidas preventivas en el derecho internacional privado

La aplicación de medidas cautelares en el derecho internacional privado ha tenido una notoria importancia. La Convención Interamericana sobre la ejecución de medidas preventivas celebrada en Montevideo Uruguay dio origen para la concertación para el cumplimiento de medidas cautelares (Ratificación e incorporación Ley 42 de 1986).

El alcance de la Convención preceptúa el artículo 2, “las autoridades darán cumplimiento a las medidas cautelares que decretadas por jueces o tribunales de otro estado parte, competentes en la esfera internacional tenga por objeto:

- a. Cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas
- b. Cumplimiento de medidas necesarias para garantizar los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles...

De esta forma se puede inferir que las medidas cautelares protegerán los bienes y las personal.

3.8. Jurisprudencia Internacional

Como se ha venido desarrollando a través del trabajo, se evidencia que las medidas cautelares tienen gran jurisprudencia en la Corte Internacional de Justicia de la Haya y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pasqualucci, 1987).

La Corte de La Haya en la providencia de mayo 10 de 1984, Caso Nicaragua contra Estados Unidos de América (solicitud de adopción de medidas cautelares de 9 de abril de 1984), precisa el objeto de estas medidas en los siguientes términos. “La Corte puede establecer la adopción de medidas solo si se considera que las circunstancias así lo exigen a efectos de preservar los derechos de cada una de las partes, mientras esté pendiente la decisión”...

La Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, fundadas en las normas de sus Estatutos y Reglamentos han aceptado siempre la posibilidad de adoptar medidas cautelares con el objeto de salvaguardar los derechos de

las partes cuando el perjuicio que los amenaza parece irremediable (Pastor Ridruejo, 1962).

Esta jurisprudencia se remonta al caso del Territorio de Sud Este de Groenlandia, donde se ha mantenido inalterable, afirmándose y precisándose por la Corte Internacional de Justicia. Este es el más sólido precedente judicial en un caso entre Estados; con las medidas cautelares se protegió el territorio (Bienes de la Propiedad privada), la población considera como el conjunto de seres humanos, nacionales o extranjeros, la soberanía del Estado ante posibles amenazas de nuevos ataques de Estados Unidos.

En el sistema interamericano el objeto de las medidas cautelares es según la Corte, que el propósito de las medidas provisionales en los sistemas internacionales (derecho procesal interno) en general es preservar los derechos de las partes de la controversia, asegurando que la sentencia de fondo no sea perjudicada por las acciones de ella *pendente lite*. Además que el propósito de las medidas urgentes y provisionales, en el derecho internacional de los derechos humanos, va más allá por cuanto además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas (Corte CIDH).

En Colombia se presentan diferentes casos evaluados por la CIJ, donde se aplican medidas cautelares de urgencia, donde se genera una ponderación con relación a la comunidad organizada, es el caso de la comunidad de Paz de San Jose de Apartado, la Corte ordeno que el estado debe asegurar la protección de la vida e integridad personal de todos los demás miembros de la Comunidad, con el fin de que las personas puedan seguir viviendo en su residencia habitual.

Otro caso donde se ha aplicado medidas cautelares de urgencia es el caso de las comunidades de Jiguamiando y del Curbarado, la Corte ordeno al Estado a adoptar las medidas cautelares de urgencia para proteger la vida e integridad de las personas de la comunidad afrodescendiente.

La Corte Interamericana en varios casos observa que dadas las características especiales y consideraciones generales del conflicto armado en el Estado colombiano, es necesaria la protección a través de medidas de urgencia la vida y la integridad, siendo estos derechos humanos que han sido violados en diferentes comunidades.

3.9. Jurisdicción constitucional

Para el máximo Tribunal del Derecho Constitucional colombiano, las medidas cautelares son *aquellos instrumentos en los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en el 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 controvertido¹.*

Con relación al sustento constitucional de las medidas cautelares, expresó el alto tribunal en el fallo ibídem que *éstas 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*

¹ Sentencia C-379/2004.

proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.

Sobre el requisito de la contracautela se tiene que en nuestro ordenamiento jurídico se ve materializada en la figura de la caución. Al respecto también se ha pronunciado el referido Tribunal en los siguientes términos: *la caución, definida en el código civil, significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Es decir, dentro de cualquier proceso, la caución como una medida cautelar que es, tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia y por ello, puede entenderse como un medio para asegurar el resultado. Por su naturaleza, la caución sirve para el resarcimiento de perjuicios a favor del demandante hasta un monto determinado. En sentencia C-316 de 2002, la Corte afirmó que "en términos generales, el sistema jurídico reconoce que las cauciones son garantías suscritas por los sujetos procesales destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por éstos durante el proceso, así como a garantizar el pago de los perjuicios que sus actuaciones procesales pudieran generar a la parte contra la cual se dirigen. Así entonces, mediante el compromiso personal o económico que se deriva de la suscripción de una caución, el individuo involucrado en un procedimiento determinado (1) manifiesta su voluntad de cumplir con los deberes impuestos en el trámite de las diligencias y, además (2) garantiza el pago de los perjuicios que algunas de sus actuaciones procesales pudieran ocasionar a la contraparte. Las cauciones operan entonces como mecanismo de seguridad e indemnización dentro del proceso"(subrayas fuera del texto original).*

3.10. Jurisdicción ordinaria

3.10.1. Derecho civil.

El procedimiento civil colombiano es bastante variado en cuanto a sus métodos de ejecución, en tanto varía también en la naturaleza de los procesos. En esta oportunidad, se analizará lo concerniente a todos aquellos procesos en los que procede el eventual decreto

y práctica de medidas cautelares. Ha de apuntarse anticipadamente que el Código General del Proceso introduce sendas novedades que guardan relación directa con el objeto de nuestro estudio, y en tal sentido, se anota también que en la exposición de motivos que precedió a la promulgación de la referida codificación, se vislumbró la tendencia hacia la eficacia real de los derechos, un marcado interés en el fortalecimiento de la celeridad; lo que se expresó en los siguientes términos:

"El Código General del Proceso garantiza una verdadera tutela efectiva de los derechos. Este Código persigue que los procesos tengan una duración razonable, sin detrimento de las garantías de los justiciables. Pero no se trata de acelerar por la rapidez misma, sino de lograr una cercanía real entre la incoación de la demanda y la sentencia que permita evitar el lógico desgano y la razonable pérdida de la confianza de los ciudadanos en su órgano judicial y evitar que, como consecuencia de ello, se erosione la democracia. Como la justicia tardía no es verdadera justicia, el nuevo Código fija un término máximo de duración del proceso y proscribe las sentencias inhibitorias y evita las nulidades innecesarias, permitiendo que en cada etapa del proceso exista un saneamiento de los vicios no alegados, lo que genera la imposibilidad de alegar esos hechos como causal de nulidad en etapa posterior del proceso. Se consagran medidas de saneamiento, para que el justiciable tenga la seguridad que el proceso donde se involucra terminará con sentencia que resuelva el asunto y no con una gran frustración: la sentencia inhibitoria o la declaratoria de nulidad de lo actuado. Esta contradice la aptitud y disponibilidad abarcadora que debe tener la jurisdicción para resolver, de una vez por todas, el asunto sometido a ella."

Siendo que tal discurso es totalmente compatible con el criterio de necesidad de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento, era a toda luz prudente resaltar la apología que hace el legislador a las modificaciones sustanciales que introduce el nuevo

Código. Dicho esto, se procederá a estudiar sucintamente la procedencia y requisitos de las medidas cautelares en los procesos declarativos, ejecutivos, y de familia.

i. Procesos declarativos: En lo relativo a los procesos declarativos el Código General del Proceso –normatividad vigente en materia de procedimiento civil- regula en lo pertinente a partir del artículo 590 y dispone que para este tipo de procesos el Juez podrá decretar (i) el embargo, medida preventiva que suele ordenarse a efectos de poner fuera del comercio determinados bienes que son objeto del litigio, siendo entonces que al tenor del artículo 1521 del Código Civil Colombiano, y a partir del decreto de la medida cautelar, la enajenación de los referidos bienes estaría viciada por ser ilícito el objeto. Se trata en este punto de la más clásica y particular medida cautelar en materia de garantías de índole patrimonial, y el legislador colombiano establece que únicamente puede practicarse a solicitud de parte. (ii) el secuestro, que al tenor del artículo 2273 del Código Civil se define como “*el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor.*” (iii) la inscripción de la demanda, que, de conformidad con lo establecido en los artículos 591 y 592 del Código General del Proceso busca asegurar, que aquellos bienes sometidos a registro, queden vinculados al proceso sin que salgan del comercio, en los casos taxativamente dispuestos por la Ley. Para tales efectos el juez dará la orden y los datos pertinentes sobre el bien objeto de registro a la autoridad correspondiente, quien deberá cerciorarse de que el referido bien en efecto pertenezca al demandado, so pena de que no sea viable llevar a cabo esta medida cautelar; y por último, la legislación procesal civil colombiana ha contemplado (iv) la medida cautelar genérica o innominada, de conformidad con el literal c del artículo 590 del Código General del Proceso que introdujo esta novedad en la materia. Se trata pues, de una facultad abstracta que otorgó el legislador al juez civil, quien únicamente debe tener en cuenta los requisitos esenciales de

toda medida cautelar para hacer uso de ella, y sin duda, también debe hacerlo en observancia de su prudente juicio.

ii. Proceso monitorio: Se trata de una de las novedades que trajo consigo el Código General del Proceso, regulado específicamente en los artículos 419 y siguientes.

Lo anterior se desprende del informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley Número 159 de 2011 –Senado-, 196 de 2011 –Cámara- “*por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.*”, mediante el cual fue explicada la naturaleza jurídica de este procedimiento especial, de la siguiente manera:

"El proceso monitorio

1. Es un trámite procesal sencillo a través del cual se facilita la constitución o el perfeccionamiento del título ejecutivo sin necesidad de agotar el trámite del proceso declarativo, siempre que el deudor no plantee oposición. Procede para quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía.

2. Se prevé que en caso de oposición del demandado, la disputa se podrá ventilar en proceso verbal sumario dentro del mismo expediente.

3. El demandante deberá aportar los documentos que se encuentren en su poder en relación con la obligación contractual objeto de la pretensión. Cuando este no tenga en su poder tales documentos, deberá manifestar dónde se encuentran o que no existen soportes documentales de la relación contractual."

Ahora bien, en lo pertinente el párrafo del artículo 421 ha establecido:

"PARÁGRAFO. *En este proceso no se admitirá intervención de terceros, excepciones previas reconvencción, el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador ad litem. Podrán practicarse las medidas cautelares previstas para los demás procesos declarativos. Dictada la sentencia a favor del acreedor, proceden las medidas cautelares propias de los procesos ejecutivos. (subrayas fuera del texto)"*

3.10.2. Derecho penal.

La ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) contempla de forma genérica la facultad que tiene el juez de decretar medidas cautelares a partir de la audiencia de formulación de imputación, en los siguientes términos:

Artículo 92. *Medidas cautelares sobre bienes. El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas directas podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.*

Al respecto, en los artículos anteriores² se hallan previstas las medidas cautelares de (i) comiso, a partir de cuyo decreto los bienes pasan a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes; (ii) suspensión del poder dispositivo, medida cautelar previa al comiso y decretada para efectos de su consecución; (iii) la destrucción del objeto material del delito, procedente restrictivamente respecto de bienes que hayan sido objeto de delitos contra la salud pública, los derechos de autor, falsificación de moneda o las conductas descritas en los artículos 300, 306 y 307 del Código Penal; y (iv) suspensión y cancelación de la personería jurídica de aquellos

² Artículos 82 a 91. Código de Procedimiento Penal.

establecimientos de comercio, cuando se tengan razones de peso para inferir que en ellos se han cometido actividades delictivas.

3.11. Jurisdicción contenciosa administrativa

De conformidad con el artículo 229 de la ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), son procedentes las medidas cautelares por orden judicial, *en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada* y, claramente, en observancia de las finalidades y generalidades conceptuales de dicha figura, que han sido precisadas sucintamente en el capítulo anterior. Establece además el inciso segundo *ibídem* que, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento; y, de otro lado el parágrafo de la referida norma precisa: *"las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio (subrayas ausentes en el texto original)".* En este último punto resulta claro que la facultad otorgada por el legislador al operador judicial de esta jurisdicción obedece a una notoria progresión del *periculum in mora*, en tanto, al tratarse de un proceso referente a intereses colectivos, la urgencia con que se demanden medidas cautelares al respecto puede ser mucho más manifiesta que en asuntos ordinarios.

Sobre los requisitos, el artículo 231 del C.P.A.C.A. se ha pronunciado en los siguientes términos:

"Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren 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, 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"(subrayas ausentes en el texto original).*

Así pues, al proceder a desglosar la precitada disposición legal, se extraen de su tenor varias cuestiones, a saber:

Los requisitos para que se haga viable el decreto de medidas cautelares en el marco de un proceso contencioso administrativo pueden variar atendiendo a la

naturaleza del asunto, es decir, dependiendo del medio de control invocado por el accionante al dar inicio al proceso. De tal suerte que, al tratarse del medio de control de nulidad ha de ser manifiesta la violación de la disposición invocada; al tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho deberá probarse al menos sumariamente la existencia del perjuicio en que se hace consistir la pretensión; y finalmente, para los demás casos se establecen, en abstracto, una serie de requisitos genéricos para el decreto de la medida. Sobre éstos últimos se tiene que, acoge de forma implícita los supuestos fácticos de los requisitos de toda medida cautelar, anotados en el capítulo anterior: en los numerales 1º y 2º se comprende la denominada apariencia de un buen derecho o *fumus boni iuris*, siendo que la demanda debe estar razonablemente fundada en derecho y que el demandante debe demostrar así sea sumariamente la titularidad de los derechos invocados con la medida; y, en los numerales 3º y 4º (literales a y b) se comprende el *periculum in mora* o peligro en la demora, siendo que el solicitante debe aportar material probatorio que sustente la conveniencia de la concesión de la medida cautelar para el patrimonio público, y adicionalmente debe ser evidente que la negación de la medida solicitada generará un perjuicio irremediable o afectará considerablemente la viabilidad del pronunciamiento de fondo sobre el asunto en cuestión.

Ahora bien, en el artículo 233 *ibídem* contempla la figura de la caución, que ha de ser prestada por el solicitante y fijada por el juez de conformidad con las previsiones de esta norma. En esta disposición legal hallamos comprendido el requisito de la contra-cautela, siendo que la referida caución debe depositarse para garantizar el resarcimiento de los perjuicios que eventualmente pueda generar la concesión de la medida cautelar.

3.12. Jurisprudencia del Consejo de Estado

En ejercicio del medio de control de nulidad simple, solicitaron se declarara la nulidad del artículo 25 del Decreto 1970 de 21 de septiembre de 2012 (...) el Consejo de Estado conocerá (...) de nulidad de los actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional o por personas de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden". De esta manera, al verificarse que la acción contenciosa adelantada corresponde a una petición de nulidad de un decreto expedido por el Ministerio de Minas y Energía, (...) se comprende que con la institución cautelar se concreta la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia, (...) se busca evitar que la duración del proceso judicial redunde en una afectación para quien acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtenerse una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, (...) La tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata, y de diversas formas, 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 actividad de la administración pública frente a ella, (...) 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 por oposición a la anterior 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 que consiste en una privación temporal de los efectos de una decisión administrativa. (...) la tutela cautelar a través de las denominadas "medidas cautelares de urgencia", (...) pretenden 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 medida, (...) Es estos

términos, como una medida autónoma garante de los derechos humanos, que se debe interpretar y aplicar, en adelante por parte de los Jueces Administrativos la tutela cautelar de urgencia (...) la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, (...) un alcance avanzado a las medidas cautelares, específicamente, a las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito (Santofimio Gamboa, 2014).

3.13. Ponderación de intereses para decretar una medida de urgencia

Para llevar a cabo la ponderación de intereses en una medida de urgencia es necesario desarrollar un criterio de aplicación. Aparte de los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, se debe de reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad a efectos de adoptar la medida solicitada así como de modular sus efectos en el caso concreto. Por esta razón el Juez abordar el criterio teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad así como lo dan a entender las exigencias constitucionales y convencionales, la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela, en el artículo 231 CPACA donde “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” (Santofimio Gamboa, 2014).

De lo anterior podemos analizar 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 refleja 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 llevar a cabo un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes (Santofimio Gamboa, 2014).

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “habilitación” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “libertad de selección”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público (Santofimio Gamboa, 2014).

Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros

de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad (Santofimio Gamboa, 2014).

El asunto resulta elemental: 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) Idoneidad: que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado;
- ii) Necesidad: 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

- 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

Aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPACA da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia- Que, adicionalmente, se cumpla con 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 (Santofimio Gamboa, 2014)

Otra sentencia del Consejo de Estado que hace referencia a la medida cautelar de urgencia se ocupa el artículo 234 ibídem, al disponer que 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 adoptarla, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233. Por ende la medida deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente. La adopción de las medidas cautelares reguladas en el CPACA (Ley 1437 de 2011), a diferencia de lo que estaba previsto en los artículos 154 y 155 del CCA, se hace por el Juez o Magistrado en providencia motivada y separada del auto admisorio de la demanda, en aquellos eventos en los que la solicitud se presenta con la demanda. El auto que decrete una medida cautelar, según el artículo 236 del CPACA, será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. La medida cautelar puede ser levantada, a solicitud del demandado o afectado previa caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente, y

modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte (art. 235 *ibídem*) (Arenas Monsalve, 2013).

El trámite de las medidas cautelares es independiente a cualquier otro que se adelante dentro del proceso, de tal manera que la adopción de dichas medidas no está condicionada a la admisión de la demanda y/o a la firmeza del auto admisorio. La medida se adopta mediante una providencia motivada, inclusive, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso. Según lo previsto en el artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los actos administrativos demandados procederá, i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, o ii) en la solicitud que se realice en escrito separado. Luego entonces, la norma permite que la solicitud de suspensión provisional se sustente en el concepto de violación que se exprese en la demanda, sin que ello signifique, que la adopción de dicha medida se condicione por ello, a la ejecutoria del auto admisorio de la demanda.

En el caso de Gustavo Francisco Petro Urrego, el Consejo de Estado, el 10 de abril de 2014, siendo el Consejero ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve expone el caso la solicitud de urgencia presentada por el demandante, el cual manifiesta que sustituye la Petición de medidas cautelares, remitiéndose al artículo 230 del CPACA (Ley 1437 de 2011), para sustentarla, e invoco el numeral 3 de la citada norma explicando su solicitud explicando: "En el presente caso se trata de una medida cautelar de suspensión que pretende impedir que siga causando un perjuicio irremediable consistente en el agotamiento día a día del periodo constitucional para el cual fui elegido popularmente. Esta medida tiene sentido en la medida que buscan (sic) lograr uno de los objetivos que persiguen las medidas cautelares consistente en que en el momento de proferirse el fallo definitivo, que puede resultar favorable al demandante frente a tan flagrantes violaciones de normas superiores y legales o reglamentarias, cuando ello ocurra, si se permite que se surtan los efectos de tales actos hasta el final del proceso, los derechos del demandante ya habrán sido burlados y hasta se puede haber agotado el período del mandato constitucional como alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, D. C.,

sin que exista ninguna forma de retribuirle estos derechos, especialmente el derecho político a ser elegido” (Arenas Monsalve, 110010325000201400360 00, 2014).

Cumplido este paso, se desarrolló el análisis correspondiente a los requisitos normativos de las medidas cautelares de urgencia, previstas en el artículo 234 de CPACA, el cual se supone que se hallan cumplidos los requisitos generales para decretarlas y fijadas en el artículo 231.

De esta forma el artículo 231 distingue tres tipos de requisitos para adoptar medidas cautelares: ***“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo:*** *En estos casos la suspensión provisional procede “por violación de las disposiciones invocadas...cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. Aquí se exigen, entonces tres pasos analíticos para el juzgador: i) un análisis general del acto demandado; ii) una confrontación con las normas superiores, o un análisis probatorio del material allegado con la solicitud, según corresponda; y iii) una conclusión preliminar sobre la violación de las disposiciones invocadas.* ***Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho:*** *en estos casos debe probarse en forma sumaria la existencia de los perjuicios.* ***En los demás casos:*** *Esta exigencia, con sus cuatro numerales, no aplica cuando se invoca el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual no se examinan en el presente caso (Arenas Monsalve, 110010325000201400360 00, 2014).*

Una vez cumplidos los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares que se han expuesto, el Dr. Arenas Monsalve refiere que el artículo 234 exige además otro raciocinio del juzgado, toda vez que es necesario realizar una evaluación frente a la solicitud presentada, razón por la cual se debe de generar la evidencia que por su urgencia no es posible agotar en el trámite previsto en el artículo 234, mencionando el procedimiento del artículo 233, el cual exige correr traslado de la solicitud del demandado para que se pronuncie sobre ella y así expedir el auto correspondiente.

Ahora bien, como conclusión si el juez o magistrado entran en total convencimiento de que existe una medida de urgencia, el análisis permite tomar la decisión sobre la medida desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte como lo expone el artículo 234.

4. Desarrollo planteamiento del problema

El estudio de la actualización que en relación con este asunto se produce en el derecho administrativo colombiano con la expedición de la Ley 1437 de 2011, (en adelante CPACA) es esencial, ya que se avanza por el camino del estudio de investigación, con relación a los efectos que produce en el derecho administrativo colombiano con la expedición de la Ley 1437 de 2011 es muy importante, ya que por este camino se desarrolla la evolución que imponen tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la propia Constitución Política de Colombia de 1991. La jurisprudencia y la doctrina de naciones con significativa influencia en la cultura jurídica colombiana, propende por el reconocimiento y la garantía de una efectiva tutela de los derechos, que deben ser sustancialmente protegidos mediante el eficaz acceso a una administración de justicia.

Como se ha venido desarrollando la finalidad de las medidas cautelares de urgencia es garantizar la ejecución de las decisiones judiciales, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos que corresponde dilucidar en el proceso. Igualmente se anotan que se debe evitar que las sentencias se hagan ilusorias, a conservar la igualdad procesal mediante el mantenimiento de las situaciones existentes al inicio del proceso y a impedir cualquier circunstancia que pueda alterar las mismas. También se destinan y se detallan de forma que se pueda anticipar provisoriamente, la realización del fallo de fondo.(Torrealba Sánchez, 2013).

Las medidas cautelares como se ha venido haciendo referencia son aquellas, dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho. Las medidas cautelares no implican una sentencia respecto de la existencia de un derecho, pero sí la adopción de medidas

judiciales tendentes a hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido. (Osorio, 2006)

Las medidas cautelares de urgencia están sometidas a los mismos requisitos de las medidas cautelares generales, además de una valoración específica de inaplazable urgencia que en el momento de la ponderación genere un criterio de justificación para la omisión del traslado a la otra parte (Jurídico., 2014).

Se estima, que tratándose de actos administrativos sancionatorios que están precedidos por un procedimiento complejo con relación a la motivación y a la decisión, el juicio para este tipo de procesos debe formarse con el juzgador, con el fin de examinar los actos demandados y así poder confrontarlos con las normas superiores. Por esta razón, el procedimiento no puede predecirse solo con los aspectos que propone el demandante, sino que se requiere una valoración adecuada, donde se puedan contar y visualizar los puntos de vista de la entidad estatal que profirió el acto sancionatorio enjuiciado.

Para el desarrollo de solución de un proceso de medidas cautelares de urgencia se advierte que para resolver la solicitud de suspensión de los efectos de un acto administrativo, goza de presunción de legalidad, razón por la cual es menester ponderar la urgencia alegada por el actor frente a la garantía del debido proceso consagrado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 29.

El tratadista Carlos Betancur Jaramillo ha expresado: "Se consagra con estas medidas de urgencia una discrecionalidad judicial que puede atentar contra el debido proceso, máxime que no se sabe cuáles son, en la práctica, las razones justificativas de la medida" (Betancur Jaramillo, 2013). Y el Consejero de Estado Gustavo Gómez Aranguren, en texto doctrinal sobre el tema, y haciendo alusión a las medidas cautelares generales del artículo 233, ha señalado lo siguiente sobre la importancia del traslado de la solicitud a la otra parte: "De esta manera se garantizan los principios de igualdad de

las partes y el debido proceso, en especial el derecho de contradicción y de defensa, y se le brinda a la autoridad judicial elementos adicionales para adoptar una decisión adecuada, pues ya no solo va a considerar las razones de la parte actora, sino también las del demandado, quien ahora tiene la oportunidad de exponer su punto de vista y convencer al juez de la improcedencia del decreto de la medida” (Gomez Aranguren, 2011).

La ponderación es una técnica de decisión que permite determinar el interés que debe prevalecer en cada caso. La metodología para ello se desarrolla en tres pasos: 1) se identifican los intereses en conflicto; 2) se atribuye importancia a cada uno, en el caso concreto; y 3) se decide cuál debe prevalecer. La consagración normativa de este requisito se encuentra en el artículo 231, inciso 2, numeral 3 al exigir que el demandante haya presentado los elementos que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla.

Con base en el derecho internacional, el derecho de tutela o protección judicial efectiva para el caso del ordenamiento jurídico colombiano se encuentra consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política: “se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”. (Colombia).

Así mismo, el artículo 93 de la Constitución Política establece 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” (Colombia)

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". (Colombia)

El derecho internacional goza de especial protección, a través de los instrumentos del Derecho Internacional que se relacionan a continuación:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos: Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. (Gonzalez, 2010)

- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Artículo 23. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (Chinchón, 2007)

- Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre
Artículo XVIII - Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagra dos constitucionalmente. (Rey Anaya, 2008)

- Convención Americana de Derechos Humanos Artículo 25. Protección Judicial

1. 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.

2. Los Estados Partes 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. (Wlasic, 1998)

Todos estos instrumentos están incorporados a la normatividad nacional como bloque de constitucionalidad, según el artículo 93 de la Constitución Política como se detalló anteriormente.

Queda claro que el Estado Colombiano no se puede sustraer a los compromisos adquiridos en estos tratados, debiendo garantizar a los ciudadanos un verdadero derecho al acceso de justicia, en palabras del profesor Gamboa: “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”. (Gamboa Santofimio, 2004)

5. Conclusiones y recomendaciones

Las medidas provisionales y cautelares, en términos generales proceden sobre amenazas a derechos humanos y en algunos casos en violaciones en obligaciones. En la violación de una obligación el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado. 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 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, lo cual debe ser practicado en el derecho procesal interno.

En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

Por medio de análisis en los términos expresados en la sección de ponderación se debe llevar a cabo la validación del contenido y el alcance general que se llevara a cabo, con relación a las nuevas medidas cautelares del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De conformidad con los artículos 229 y 230 del CPACA, las medidas cautelares pueden proferirse incluso “antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda”, cuando el juez o magistrado considere que tales medidas son “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, (art. 229); y dentro de tales medidas el juez o magistrado puede “Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo” (art. 230, num. 3°).

Se concluye que no es suficiente que existan argumentos expuestos en escrito para decretar medidas cautelares, toda vez que el juez está facultado para disponer que se surta el trámite previsto en el artículo 233 del CPACA con el fin de garantizar el debido proceso entre las parte.

Para finalizar en el caso de Gustavo Petro el despacho considera que por las razones que se exponen y la solicitud de suspensión provisional de los actos demandado debe dársele el trámite correspondiente al artículo 233 del CPACA.

6. Referencias bibliográficas

Calamandrei, Piero (1984) Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Lima - Perú. Editorial "El Foro". 232p.

"Derecho Romano". Autor: Eugene Petit. Editorial: Editorial Porrúa. Edición: 25, 2015.

Arenas Monsalve, G. (13 de Mayo de 2013). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. *11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14)*. Bogotá, Colombia.

Arenas Monsalve, G. (10 de abril de 2014). 110010325000201400360 00. Bogotá, Colombia.

Betancur Jaramillo, C. (2013). Derecho Procesal Administrativo. Medellín: Seña.

Cabanellas, G. (1991). Diccionario enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires - Argentina: Heliasta.

Cancado Trindade, A. A. (s.f.). Compendio de resoluciones de la Corte, medidas provisionales.

Chinchón, J. (2007). *Derecho Internacional y transiciones a la democracia y la paz*. Sevilla - España: Parthenon.

Colombia, C. P. (s.f.). Constitución Política de Colombia.

Corte CIDH, r. D. (s.f.).

Emilia, S. S. (2003). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas provisionales*. San José de Costa Rica.

Gamboa Santofimio, J. O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gomez Aranguren, G. (2011). El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437. 177: Banco de la República.

- Gonzalez, N. (2010). *Los Derechos Humanos de la Historia*. Barcelona: Unveritat de Barcelona. IDH. (s.f.).
- Jurídico., Á. (8 de 5 de 2014). Regulacion de medidas cautelares no puede extenderse a tutelas. *Ambito Juridico*.
- Lengua, R. A. (2010). *Diccionario de la Lengua Española*. Espasa- Calpe S.A. Ley 1437 de 2011. (s.f.).
- Morello, A. M. (1984). La eficacia de la justicia, valor supremo del procedimiento en el area de la cautela. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 543.
- Morello, A. M., & Vescovi, E. (s.f.). *Medidas provisionales y medidas cautelares*.
- Osorio, M. (2006). *Diccionario de ciencias juridicas, politicas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Pasqualucci, J. M. (1987). *Medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.
- Pastor Ridruejo, J. A. (1962). *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*. Madrid. Ratificacion e incorporacion Ley 42 de 1986. (s.f.).
- Rey Anaya, Á. M. (2008). *Las medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de Derechos Humanos*. Bogota: Temis.
- Santofimio Gamboa, J. O. (31 de marzo de 2014). Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Subseccion C. *11001-03-26-000-2013-00149-00(49058)*. Bogota, Colombia.
- Torrealba Sánchez, M. (12 de 10 de 2013). [Http://temasdederecho.wordpress.com/2012/05/28/las-medidas-cautelares-en-el-contencioso-administrativo/](http://temasdederecho.wordpress.com/2012/05/28/las-medidas-cautelares-en-el-contencioso-administrativo/). Obtenido de

<http://temasdederecho.wordpress.com/2012/05/28/las-medidas-cautelares-en-el-contencioso-administrativo/>

Wlasic, J. C. (1998). *Convencion Americana sobre Derechos Humanos: Anotada y Concordada con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Texas, Mexico: Legis.