
**LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA,
PRESUPUESTO DE UNA ADECUADA TUTELA
JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL PROCESO
CIVIL**

**THE UNNOMINATED PRECAUTIONARY
MEASURE, BUDGET OF AN ADEQUATE
EFFECTIVE JURISDICTIONAL PROTECTION
IN THE CIVIL PROCESS**

Recibido: 16 de septiembre de 2022

Aceptado: 5 de noviembre de 2022

Héctor Francisco Arévalo Fómeque¹

¹ Abogado Universidad Libre, Colombia. Doctorando en Derecho. Magíster en Derecho Procesal y Probatorio. Docente de Maestrías en Derecho Procesal Civil Comparado y en Derecho Procesal Constitucional. Docente de Maestrías y Especializaciones en Derecho Procesal, Derecho Probatorio, Derecho Privado, Arbitramento Nacional e Internacional. Conferencista internacional en temas del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Conferencista nacional y capacitador institucional en temas de Derecho Procesal Civil Contemporáneo, de Derecho Probatorio y del Contencioso Administrativo. Asesor y consultor de entidades públicas y privadas. hfarevalo@gmail.com

Resumen

La medida cautelar innominada, viene a llenar en gran medida, la ausencia de garantismo pleno en el proceso judicial, específicamente en el contencioso civil, cuando otrora las medidas cautelares a decretarse y practicarse estaban constituidas en su esencia por la cautelar nominada, lo que de suyo limitaba en gran medida el accionar de los sujetos procesales en aras de anticipar la satisfacción o cumplimiento del futuro fallo a proferirse satisfactorio a las pretensiones del demandante, ello con independencia de si trataba de un proceso declarativo, ejecutivo, liquidatorio o arbitral. Aunado a lo anterior, la cautela nominada en *stricto sensu* solo se establece como garantía de efectividad anticipada del futuro fallo a proferirse, no siendo, por tanto, un mecanismo idóneo para la protección actual del derecho en litigio o de las personas que intervienen en el contencioso en tanto se cumplen las distintas etapas del proceso, lo que deviene en un estado de desprotección estatal en tanto no se ha proferido la sentencia de mérito o de ser el caso, el laudo arbitral. Con el advenimiento de la cautelar innominada en el estatuto procesal civil (CGP), de suyo en otros ordenamientos procesales, así, el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), se le garantiza al justiciable no solo la efectividad anticipada de la futura decisión de fondo que se profiera, además, que en tanto dure la actuación jurisdiccional, se va a proteger a las personas que intervienen como sujetos del litigio, como a los bienes, ya sean materiales o inmateriales, que de aquellos están involucrados en el mismo.

La cautelar innominada se establece en consecuencia en mecanismo de doble protección o eficacia de garantismo respecto a lo que pretende todo justiciable, obtener del órgano jurisdiccional una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

Palabras claves: Cautelar, nominada, innominada, tutela jurisdiccional, prejuzgamiento, efectivización de los derechos.

Abstract

The unnamed precautionary measure comes to fill, to a large extent, the absence of full guarantee in the judicial process, specifically in civil litigation, when once the precautionary measures to be decreed and practiced were constituted in their essence by the named precautionary measure, which Theirs greatly limited the actions of the procedural subjects in order to anticipate the satisfaction or fulfillment of the future ruling to be pronounced satisfactory to the plaintiff's claims, regardless of whether it was a declaratory, executive, liquidation or arbitration process. In addition to the foregoing, the precaution named in *stricto sensu* is only established as a guarantee of anticipated effectiveness of the future ruling to be handed down, not being, therefore, an ideal mechanism for the current protection of the right in litigation or of the people who intervene in the contentious as long as the different stages of the process are completed, which results in a state of lack of state protection as long as the judgment of merit has not been pronounced or, if applicable, the arbitration award.

With the advent of the unnamed injunction in the civil procedural statute (CGP), of its own in other procedural systems, thus, the Code of Administrative Procedure and Administrative Litigation (CPACA), the defendant is guaranteed not only the anticipated effectiveness of the future substantive decision that is made, in addition, that while the judicial action lasts, the people involved as subjects of the litigation will be protected, as well as the assets, whether material or immaterial, that of those are involved in the same.

The unnamed injunction is therefore established as a mechanism of double protection or effectiveness of guarantee with respect to what every defendant intends, to obtain from the court a true effective jurisdictional protection.

Keywords: Precautionary, nominated, unnamed, jurisdictional protection, prejudgment, enforcement of rights.

Introducción

En general, al acudir a la administración de justicia a fin de lograr la resolución heterocompositiva del conflicto intersubjetivo, el justiciable no le satisface únicamente la obtención de justicia meramente formal, es decir, aquella que se limita a declarar la existencia o inexistencia del derecho a partir de la sentencia proferida, u ordenar el cumplimiento de la obligación demandada. Quien acude al proceso judicial, incluyendo el arbitramento, lo hace con el propósito de obtener una justicia material, o lo que es lo mismo, una verdadera *tutela jurisdiccional efectiva*.

Uno de los mecanismos más relevantes de que se dispone, indistintamente tanto en actuaciones jurisdiccionales como administrativas, a fin de efectivizar los derechos y asegurar el cumplimiento de las obligaciones pendientes de cumplimiento, sin duda lo es la medida cautelar, tanto la nominada, como la cautelar innominada.

Otrora, nuestras legislaciones procesales incluían en su normatividad con exclusividad la medida cautelar nominada, la cual, como ya lo ampliaremos, tiene una denominación y propósito de ejercicio preestablecido tanto en el proceso judicial como en las actuaciones administrativas que requieran de cierta seguridad desde el inicio de la actuación procesal, incluso desde antes, dado la existencia de las medidas cautelares innominadas.

Por supuesto, la cautelar nominada en no pocas ocasiones dejaba de ser el mecanismo apropiado y garantista frente a las necesidades de protección del justiciable, no solo en la anticipación de efectividad del futuro fallo o resolución a proferirse, además, en la protección actual del objeto en litigio, pero de igual manera de las personas intervinientes como sujetos procesales o de la actuación administrativa.

Esta realidad y necesidad de una verdadera *tutela jurisdiccional efectiva* llevó relativamente de forma recientemente al legislador nacional, respecto de varios ordenamientos procesales a implementar y regular una medida de

cautela denominada *innominada* en la medida que carece de denominación preestablecida y lo más importante, de destinación específica. Ahora bien, de tiempo atrás, normatividad especial ya había normado la cautela innominada, es así, la ley 294 de 1996 en materia de la protección de los miembros del núcleo familiar por violencia intrafamiliar; a su turno la ley 296 de 1996 en lo relativo a las acciones por competencia desleal.

Corresponde en consecuencia hacer una aproximación general al contenido, características y alcance de esta especial forma cautelar, no sin antes abordar aquellos aspectos generales de las cautelares que nos permita contextualizar la cautela innominada y su utilidad, tanto en los procesos judiciales, como en ciertas actuaciones administrativas.

1. La tutela jurisdiccional efectiva, su contenido en la norma constitucional y en el bloque de constitucionalidad

El precitado derecho de toda persona residente en territorio nacional, incluso de paso por este, a obtener del Estado la protección de los derechos que le son inherentes, se conoce genéricamente como justicia material. El desarrollo del mandato Constitucional que a continuación abordaremos, así, en el Código General del Proceso se le conoce como *tutela jurisdiccional efectiva*, lo cual viene de contera a efectivizar otro derecho de alcance superior, referimos al *acceso a la administración de justicia*.

Varios artículos del ordenamiento Superior patrio hacen referencia a esa fundamental función del órgano estatal, la protección y efectivización de los derechos de cada quien en su entorno social. A voces del artículo 2º Constitucional le corresponde al Estado, como fines esenciales para su existencia, la de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. A su vez indica la norma Superior en cita que, el Estado debe propender por la protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades,

y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

A su turno el artículo 13 Constitucional refiere en términos generales al principio de igualdad de las personas frente a la Ley, sin discriminación alguna por ninguna de las razones taxativas indicadas en la norma, pero además, ampliándose la cobertura en los eventos que así lo disponga la norma de los tratados y convenciones, que ratificadas por el legislador patrio, se establecen en normatividad superior a partir del bloque de Constitucionalidad, sin dejar de lado la observancia de lo que hoy se denomina control de convencionalidad (artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia)².

Cuando el artículo 228 Superior hace referencia a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales, por ende, en las actuaciones administrativas igualmente, está haciendo específica referencia a la obtención de justicia material a partir de un proceso por el cual no basta cumplir las fases, etapas y actuaciones en esta contenidas, se requiere como presupuesto fundamental el logro de la efectivización del derecho respecto del cual giró la contienda.

Se impone en consecuencia el siguiente interrogante: *¿por el hecho mismo de haberse proferido la sentencia o el laudo arbitral, se ha satisfecho el mandato señalado en el artículo 228 Constitucional?*

R/ Por supuesto que no. Si bien la sentencia o el laudo arbitral declara el derecho, o señala el cese de su vulneración, o reconoce la existencia del perjuicio, por tanto, condenando a la indemnización del mismo, ello puede simplemente quedarse en el frío contenido del fallo de fondo o en el de carácter interlocutorio. Se requiere la seguridad o efectivización de lo declarado u

2 Sobre el tema del bloque de Constitucionalidad y el control de convencionalidad debemos recordar el alcance de lo normado en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia. Desde lo estrictamente procesal, la igualdad de las personas frente a la ley y el proceso se viene a desarrollar y garantizar a partir de figuras tales como el amparo de pobreza, el beneficio de competencia, el beneficio de excusión, la cautela innominada, la orden de la contracautela, o lo que es lo mismo, la necesidad de prestar caución en ocasiones como requisito previo para el decreto y práctica de ciertas medidas cautelares.

ordenado en el fallo, incluyendo igualmente aquí la orden de dar cumplimiento a lo señalado en el fallo de fondo en procesos tales como los ejecutivos en sus diversas modalidades y el proceso monitorio, sin pretender desconocer la importancia y alcance de los procesos liquidatorios.

Esa efectivización del derecho declarado o a declarar, por tanto, ese logro de efectivización del derecho sustancial requiere a más de la mera decisión de fondo, del acompañamiento constante de las denominadas en general, *medidas cautelares*, las cuales como lo advertiremos posteriormente, admiten varias clasificaciones.

A su turno el artículo 229 Superior al establecer el acceso a la administración de justicia como un mandato superior, no está refiriendo en un sentido restringido a que los ciudadanos podamos lato sensu poder presentar una demanda y el otro extremo de la litis poder contestarla y proponer excepciones, no, el mandato Constitucional al garantizar el acceso a la administración de justicia incluye como consecuencia sobreviniente, poderse por los extremos de la litis y otros intervinientes, aportar pruebas, intervenir en su práctica, interponer recursos, incidentes, nulidades, pero de igual manera, solicitar medidas cautelares, lo que de contera trae aparejado que el juzgador de manera *urgente (artículo 588 del Código General del Proceso)*³ y oportuna la decrete y practique, a fin ese acceso a la administración de justicia en verdad conlleve justicia material, no meramente formal.

El no decreto y práctica oportuna por el juzgador, de las medidas cautelares solicitadas, que a la postre lleve a hacer nugatorio el fallo proferido en favor de quien las solicitó, se establece sin lugar a dudas en una clara denegación de justicia, lo que conllevaría la vulneración de los derechos del justiciable, a

3 Referido a la urgencia con la cual el juzgador debe pronunciarse sobre el decreto de las cautelares solicitadas o que él debe decretar de oficio, necesario recordar el perentorio plazo que le impone el artículo 588 del CGP, norma que, a su vez, por remisión normativa, es de aplicación en los procesos normados por el CPACA, el Código Procesal del Trabajo y otros ordenamientos. Aquí prudente recordar el alcance y consecuencias derivadas de la inobservancia por el juzgador, del presupuesto de las cautelas denominado *periculum in damni* o *periculum in facti*.

más del desconocimiento de otros derechos, a la par, de alcance Constitucional (artículo 29 constitucional)⁴.

La Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, en el su artículo 25 norma 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 (...)⁵.

La norma de la Convención al referir al derecho de todas las personas habitantes de los países que la han ratificado, a impetrar un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso ante los jueces o los diferentes tribunales, no refiere en un sentido restrictivo a alguno de los recursos ordinarios o extraordinarios establecidos en los distintos ordenamientos procesales de los Estados miembros, no, recurso en la forma más genérica refiere a cualquier mecanismo que lo ampare, que le proteja en sus derechos fundamentales y demás que le sean inherentes. Uno de esos recursos, por demás uno de los más efectivos, lo es sin duda las medidas cautelares, no solo las que se decretan a partir de los estatutos procesales de los diferentes Estados, sino aquellas decretadas directamente por la Corte Interamericana, las cuales mayoritariamente se establecen precisamente en de carácter innominadas.

4 Así tendríamos la ocurrencia de vulneración al debido proceso a que refiere el artículo 29 Constitucional.

5 El texto completo del artículo 25 de la Convención Americana de los DD: HH dice: 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.

Corresponde en consecuencia abordar somero estudio de las medidas cautelares, en específico, la cautela innominada.

2. Definición y alcance general de las medidas cautelares

Sea lo primero señalar que la palabra *cautelar* viene de cauto, sigiloso, precavido, cuidadoso, en últimas, ser prevenido. Dicha prevención llevada al proceso judicial y determinadas actuaciones administrativas, significa no otra cosa que el ser cauteloso en la protección del derecho que se discute y en la garantía anticipada de efectivización del futuro fallo a proferirse.

Por tanto, la medida cautelar viene a ser el equivalente al sigilo o precaución que los sujetos procesales⁶ deben tener tanto en el curso del proceso, como al momento de proferirse la decisión de fondo a fin de proteger el derecho reclamado en tanto se obtiene esta, igualmente para la materialización del derecho declarado o la efectivización de la obligación pendiente de cumplimiento.

Presentamos aquí dos definiciones de lo que es o se considera *medida cautelar*, la segunda de ellas la definición propia que hemos venido consolidando en nuestras cátedras de especialización y maestrías en derecho procesal.

6 Importante resaltar la diferencia existente entre los conceptos y alcance de *sujetos procesales*, frente a lo que corresponde a *sujetos litigiosos*. Los primeros son todas aquellas personas que intervienen en la prosecución del proceso judicial para el logro de su fin, lograr una tutela jurisdiccional efectiva, y así, la paz y armonía sociales. Dentro de los sujetos procesales encontramos al juez ya sea unipersonal o colegiado, el ministerio público, en ocasiones el defensor o comisario de familia, las partes, otras partes, terceros intervinientes y los órganos de prueba. En tanto que los segundos, los sujetos litigiosos aquellas personas naturales o jurídicas interesados en las resultas del proceso propiamente dicho, en la medida que la decisión que se profiera les afectará positiva o negativamente en un derecho suyo. Son por tanto sujetos litigiosos las partes, demandante y demandado, singulares o plurales, igualmente las otras partes. Los terceros intervinientes vienen a apoyar una de las partes o amabas en la medida que con el fallo de fondo podrán afectarse positiva o negativamente; en otros eventos a desvelar en el proceso el fraude o la colusión de una de las partes o ambas en perjuicio o detrimento precisamente de quien por vía de tercería interviene.

A saber: “*Se llama cautelar el proceso cuando en vez de ser independiente sirve para garantizar (establece una cautela para) el buen fin de otro (definitivo)*”. (CARNELUTTI, 2017).

Considero definir la MEDIDA CAUTELAR como *el mecanismo por el cual, en el proceso judicial, o previo a este, o en terminadas actuaciones administrativas, se solicita, o el juez oficiosamente, precaviendo la demora en el trámite, decreta una o varias medidas tendientes a garantizar anticipadamente la efectividad del futuro fallo a proferirse; o para la protección actual tanto del derecho en litigio, como de los intervinientes en el trámite judicial.*

Aspectos que de la precitada definición requieren de comentario:

- » Las cautelares son de aplicación tanto en el proceso judicial como en otras actuaciones jurisdiccionales como lo es el proceso arbitral. También se decretan y practican en actuaciones adelantadas por funcionarios públicos –no jueces en esencia, pero a quienes la ley en ocasiones les otorga ese carácter- en procesos específicos, es el caso de la jurisdicción coactiva (trámite administrativo) y las Superintendencias ejerciendo funciones jurisdiccionales.
- » Las cautelares se podrán decretar y practicar a petición de parte o manera oficiosa. Más ahora con la implementación de la cautela innominada, precisar que esta procede a petición de parte. No obstante, el juez la puede modificar por otra, reducirla, etc.
- » Como es usual las medidas cautelares recaen sobre bienes u otros derechos patrimoniales, igualmente pueden recaer sobre las personas, ya sea que intervengan o no en el proceso judicial.
- » Se hace referencia a lo que la ley hoy regula expresamente, la cautela extraprocesal.

- » Contiene la definición el alcance de lo que son las cautelares nominadas e innominadas, estas últimas con sus dos funciones garantistas, de un lado frente al futuro fallo a proferirse, de otro, la garantía actual del objeto en litigio.

3. Medida cautelar nominada

Corresponde a aquel mecanismo garantista, con denominación y objeto preestablecido en la ley. Tiene como propósito ser el mecanismo anticipatorio de cumplimiento o efectividad del futuro fallo a proferirse. Las principales medidas cautelares nominadas son: (i) el embargo; (ii) el secuestro; (iii) la inscripción de la demanda; (iv) la guarda y aposición de sellos; (v) la prohibición de enajenar. Las dos primeras propias de los procesos tanto declarativos como de ejecución, la tercera únicamente en procesos declarativos. La cuarta en procesos de sucesión, en tanto que la quinta en procesos penales. Ahora bien, el embargo y secuestro también son de práctica en los procesos penales, así estableciéndolo el CPP en su artículo 92.

La cautela nominada podrá solicitarse desde la presentación de la demanda y en el curso del proceso, incluso cuando en el proceso declarativo o en el de ejecución ya se profirió sentencia. Cosa distinta se debe indicar respecto del proceso arbitral.

Ahora bien, a veces del artículo 589 del Código General del Proceso, referido a las medidas cautelares extraprocesales, nada impide que estas sean solicitadas en la práctica de una prueba extraprocesal, dado su carácter de garantistas, pero además por su urgencia.

4. La medida cautelar innominada

Uno de los aportes del actual Código General del proceso en materia de las medidas cautelares reguladas en el libro cuarto del estatuto, es la medida

cautelar innominada. Basta remitirnos al artículo 590 –medidas cautelares en procesos declarativos- para advertir su inclusión en el numeral 1° a partir del literal c).

De tal manera, hoy, en los procesos judiciales inherentes a las especialidades jurisdiccionales civil, familia, comercial y agrario, disponemos de la cautela innominada, a más de su regulación en otros estatutos procesales, así, el CPACA en su artículo 229.

A voces del artículo 92 del CPP, inciso primero, también es de recibo la cautela innominada.

Sin perjuicio de la importancia de su inclusión en los estatutos precedentes, necesario es precisar que la existencia de la cautela innominada no se contrae a reciente codificación, no, ya por ejemplo desde el año 1996 con las leyes 294 –protección por violencia intrafamiliar- y 256 –competencia desleal- se normó e implementó esta clase de cautelares.

Respecto de la Ley 294 de 1996, en el artículo 4° se advierte la existencia de la cautela innominada, al señalarse que ya sea el Comisario de Familia o el Juez, podrán ordenar una medida de protección a la víctima y que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente. A su turno el artículo 5° prioriza la cautelar innominada al dejarle al funcionario encargado la prerrogativa de decretar la medida de protección que considere necesaria y suficiente para el caso concreto, sin perjuicio de poder ordenar, además, aquellas taxativas contenidas a continuación en el citado artículo.

A su turno, la Ley 256 de 1996, artículo 31, regula la cautelares en materia de las acciones por competencia desleal, la cuales podrán ser decretadas y practicadas ya sea por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) o por el juez civil, dado de que dichos funcionarios podrán conocer a prevención de esta clase de controversias (artículo 24 del Código General del Proceso)⁷.

⁷ Así lo prevé el artículo 24 del Código General del Proceso.

Señala la precitada norma que, comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes. Nótese que del contenido normativo se advierte la regulación de una medida de ejecución anticipada del fallo⁸ y la cautela innominada.

5. Características de la cautela innominada

Sin duda, una de las características más relevantes de esta clase de cautelas es precisamente el de carecer per se de una denominación taxativa en la norma que la contenga, además, carece de antemano de una función o presupuesto preestablecido desde lo normativo. Le corresponde al peticionante en su solicitud, darle una denominación a la cautelar de la que está solicitando su decreto y práctica, la cual deberá guardar íntima relación con aquello que se está solicitando. De igual manera deberá indicarle al juzgador cuál es el propósito de la cautelar, que se busca, que derecho o conjunto de derechos se busca proteger.

Al proponerse la cautela innominada, el peticionario deberá asegurarse la adecuada presentación tanto del *argumento*, como de la *argumentación* de este. Lo primero estará contenido en la norma jurídico procesal, es decir en el señalamiento del supuesto de hecho, el cual, de ocurrir, le impone al juzgador aplicar la consecuencia jurídica que trae aparejada la misma norma. La argumentación corresponde a la manera como el solicitante o su apoderado judicial le presenta al juzgador el argumento jurídico, a fin mostrarle la necesidad, urgencia y conveniencia de la cautelar innominada. Ahora bien, como precisamente la cautela innominada constituye un universo de posibilidades por su no taxatividad, la carga argumentativa de la parte debe ser más exhaustiva en la medida que debe demostrar la necesidad de su

⁸ En materia de la clasificación general de las cautelas, necesario advertir desde ya la existencia diferenciada de medidas cautelares, medidas de ejecución anticipadas del fallo y medidas de ejecución provisional del fallo. No es dable, por tanto, confundir su contenido y alcance.

decreto y práctica y la apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*- a fin el juzgador la decreta sin el temor de creer estar prejuzgando o estar decretando una indeterminación (artículo 229 del CPACA; artículo 12 del Código General del Proceso)⁹.

En concreción a lo señalado podemos señalar las siguientes características de la cautela innominada:

- i. La cautela innominada dispone de un amplio espectro para su realización dado su indeterminación tanto en la denominación como en su objeto.
- ii. Proceden a petición de parte. La actividad oficiosa se contrae, a partir de un primer control de legalidad por el juzgador, a establecer su necesidad y alcance. De requerirse, su modificación o proceder a decretar otra diferente a la pedida, en razón del efecto nocivo que pudiere causar, o por la carencia de razonabilidad en su petición.
- iii. Su objeto es dual, de una parte, tal como también es objeto de la cautelar nominada, ser mecanismo anticipatorio de garantía de efectividad del futuro fallo a preferirse; de otra parte, ser instrumento para la protección actual el objeto en litigio, evitar su infracción o minimizar las consecuencias nocivas en el evento de ya haber ocurrido la vulneración del derecho que se está discutiendo en el proceso (artículo 590, numeral 1, literal C del Código General del Proceso)¹⁰.
- iv. La parte solicitante tiene una carga mayor al sustentar la razón por la cual considera procedente, adecuado y necesario el decreto y práctica de esa cautela, la cual per se no está consagrada taxativamente en el ordenamiento

9 Sobre el eventual temor del juzgador al considerar que decretando una cautela innominada podrá estar prejuzgado, por tanto, considerando que debe en consecuencia abstenerse de su decreto y práctica, necesario es señalar que dicha posición no tendría justificación, ello a voces del artículo 229 del CPACA, norma que expresamente establece que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento. Ahora bien, por remisión normativa lo reglado en esta norma es de aplicación, por ejemplo, en los procesos a que refieren las especialidades jurisdiccionales contenidas en el CGP, ello a voces del artículo 12 de dicho estatuto.

10 Ver artículo 590, numeral 1°, literal c) del Código General del Proceso.

procesal. Vale decir, es más riguroso la aportación del material probatorio tendiente a demostrar la apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*– (artículos 590 y 599 del Código General del Proceso; artículo 32 de la Ley 1563 de 2012)¹¹.

- v. Si bien la cautela innominada procede a petición de parte, le corresponde al juez como director del proceso, hacer un control de legalidad igualmente más riguroso dado lo indeterminado que podrá ser lo que solicita la parte, a más de la protección que se debe dar tanto a la parte que solicita la cautelar, como a la parte que la debe soportar.

A propósito de estas características la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha señalado las principales características de la cautelar innominada:

- i) La cautela nominada está expresamente indicada en la ley; ii) la cautela innominada es propuesta por la parte, tienen un **carácter novedoso e indeterminado**, el juez debe realizar un estudio más riguroso para decretarlas (C.S.J. sala de Casación Civil, Sentencia STC-152442019. Rad. 11001020300020190295500. Nov 8/19).

6. La cautela innominada en otros ordenamientos procesales

El CPACA en el artículo 229 determina que petición de parte el Juez o el Magistrado Ponente podrá 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 lo normado en el inciso primero del mencionado artículo se establece: (i) la cautela preferente en el proceso ante el contencioso administrativo es la innominada, sin perjuicio de poder solicitarse y decretarse aquella cautelar

¹¹ A la apariencia del buen derecho –*fumus boni iuris*– refieren artículos como el 590 y 599 del CGP y artículo 32 de la Ley 1563 de 2012, el actual estatuto arbitral nacional e internacional.

nominada contenida otrora en el Código Contencioso Administrativo (CCA), referimos a la suspensión provisional del acto impugnado; (ii) procede la cautelar innominada a petición parte, reiterando en consecuencia la norma una de las características más relevantes, proceder a solicitud del interesado; (iii) la solicitud debe estar suficientemente motivada; (iv) la cautela innominada se establece con dos propósitos específicos, de un lado para la protección del objeto del proceso, además, para lograr anticipadamente la efectividad de la sentencia que luego se deberá proferir.

La Ley 1563 de 2012 -actual estatuto arbitral nacional e internacional- en el artículo 32 regula por doble vía la cautela innominada. Primeramente, cuando hace expresa remisión al contenido que sobre cautelares es posible su práctica en procesos ante las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativo. Ambas jurisdicciones contemplan en sus ordenamientos procesales la cautela innominada, por tanto, por remisión normativa, en el proceso arbitral es dable su decreto y práctica. Además, expresamente dicho artículo indica que el tribunal arbitral podrá decretar cualquier otra medida que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, pero igualmente para la efectividad de la pretensión, es decir, la doble función que hemos advertido es propia de la cautela innominada.

Ahora bien, al momento de la parte solicitar una cautelar innominada y luego el juez hacer un primer control de legalidad a fin determinar si se decreta y practica, se debe dar cumplimiento a aquellos presupuestos y características propias de las medidas cautelares. Por tanto, necesario es abordar breve análisis tanto de los presupuestos como de las características que rigen esta especial forma de garantismo, protección y efectividad de las decisiones judiciales.

7. Presupuestos de las medidas cautelares

La solicitud, decreto y práctica de cautelares está ligada a la observancia por los sujetos procesales, de una serie de presupuestos, los cuales se establecen en universales, vale decir, de observancia en los distintos ordenamientos

procesales de los países. Corresponde en consecuencia abordarlos, aun cuando de forma sucinta:

i. FUMUS BONI IURIS: (*Humo del Buen Derecho*).

Para decretar la medida cautelar se debe partir de una apariencia del derecho o de un mínimo grado sobre la verosimilitud del mismo, como indica alguna parte de la doctrina que exista al menos un “*humo*” del derecho pretendido o invocado. Verosimilitud en la situación jurídica planteada. Apariencia de un buen derecho.

Así lo advierte por ejemplo el artículo 590 del CGP, *medidas cautelares en procesos declarativos*, numeral 1º literal c) inciso tercero de la norma. De igual manera el artículo 35 ley 1563/12 –Estatuto arbitral nacional e internacional-.

Otros artículos del CGP con distinta terminología refieren a la necesidad de demostración *a priori* de aquel mínimo de apariencia del derecho sobre el cual el juzgador se pronunciará ya sea en la sentencia, sea en el laudo, o de ser el caso en providencia interlocutoria. Basta señalar lo regulado sobre la materia en los artículos 386 y 599 del CGP.

Ahora bien, como el CPACA, artículo 229 no hace expresa referencia, entonces por remisión normativa se acude al artículo 590 del CGP.

ii. PERICULUM IN MORA: (*Peligro de la demora*)

Tiene plena justificación el decreto y práctica de medidas cautelares en los procesos, incluso antes que estos se provoquen, por la demora, la tardanza en la tramitación de los procesos, evitándose así que el fallo a proferirse, llámese sentencia o laudo arbitral, quede sin efectos materiales o se haga nugatorio, sea este de carácter patrimonial o de índole personal.

Referimos aquí al tiempo que normalmente toma el trámite del proceso judicial, sobre todo los contenciosos. En ocasiones se hace necesario referir a la excesiva demora en la resolución del contencioso, lo cual podrá dar al traste con la obtención de una verdadera tutela judicial efectiva.

Al precaver el tiempo que toma el trámite procesal, se justifica desde la presentación de la demanda, en ocasiones desde antes, o el curso del proceso, la práctica de medidas cautelares ya sean personales o patrimoniales, así evitar hacer nugatoria los efectos de la sentencia o el laudo arbitral que se profiera.

- iii. PERICULUM IN DAMNI: (*Peligro de daño*). También denominado PERICULUM IN FACTI: (*Peligro irreparable*).

Aquí se busca precaver el hecho de no decretarse y practicarse oportunamente las cautelas pedidas, incluso aquellas que por mandato legal se deben decretar de oficio. Se podría generar un daño por el juzgador, generándose ya no un “peligro” por la no ejecución o efectividad de la Sentencia –*carácter real*–, ello correspondería al *periculum in mora*, NO, aquí sería un *daño* inmediato de carácter personal, daño que sufriría una de las partes a manos de la otra, tal es el caso de las medidas de protección a la víctima de violencia intrafamiliar, o en procesos de divorcio la separación provisional de los cónyuges. Luego ante la inminencia del daño le corresponde al juzgador de manera inmediata decretar las cautelares que conjuren o impidan la realización de aquellos actos por la otra parte, evitando así la consumación de un daño o perjuicio. Evitarlo le corresponde al juzgador, luego el no decreto y consumación urgente de la cautelar, de llegar a ocurrir el daño por esa demora excesiva, no prudente, traerá como consecuencia que el órgano jurisdiccional deba responder la reparación del daño y consecuente indemnización del perjuicio causado por la omisión o por el retardo.

A voces del CGP le corresponde al juzgador observar los mandatos del artículo 588 del CGP, estando en concordancia lo allí normado con lo

regulado en el artículo 589 del CGP, de igual manera con el decreto y práctica de las medidas de protección a la víctima a que refiere la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia).

Respecto de la observancia de la carga procesal por el peticionante, de los presupuestos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, se arguye por parte de la doctrina y la jurisprudencia que, en ocasiones es el mismo legislador quien liberó a aquel de la demostración ante el juzgador de los mismos, de suyo, en consecuencia, liberando al juzgador de su análisis y confrontación frente al mínimo de prueba que debe acompañar la solicitud de cautelares. En específico se hace referencia a lo normando en el artículo 590 del CGP, numeral 1º, literales a y b.

iv. SUSPECTIO DEBITORIS: (*Sospecha del Deudor*)

Algunas legislaciones consagran como requisito para el decreto y práctica de Cautelas el hecho mismo que la parte que debe soportarlas proyecte o genere una impresión en el sentido que podría llegar a sustraerse al cumplimiento de los mandatos del fallo. Aquí juega un papel determinante la comprobación previa de circunstancias tales como los antecedentes de mal manejo de los bienes, reiteradas deudas insatisfechas espontáneamente, simulación de bienes demostrada judicialmente, etc.

La normatividad procesal nacional no consagra este principio de manera expresa, de tal manera que se entiende una inclusión tácita. Pareciera ser que se parte de una presunción de mala fe, o al menos se presume que dentro de lo razonable está que el demandado o la parte que soportará la cautela podrá realizar maniobras evasivas tendiente a esquivar el cumplimiento de la futura decisión judicial. De allí que las cautelares patrimoniales por regla general se decretan y practican *inaudita parte*.

El artículo 2374 C.C., si reconoce la existencia de este presupuesto, ello al indicar que está obligado a prestar *fianza*, el deudor de quien haya **motivo de temer** que se ausente del territorio, con ánimo de establecerse

en otra parte, mientras no deje bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones.

v. **CONTRACAUTELAS:** *(La cautela en favor de quien soporta la cautela)*

Por regla general requisito previo al decreto de las cautelas pedidas en los procesos declarativos, incluyendo el proceso arbitral, consiste en que el interesado debe prestar **caución** en la forma y cuantía que el Juez señale, salvo que sea la misma ley que lo señale. La caución tiene como propósito que al menos en parte se garantice el pago de eventuales perjuicios que con ocasión de la práctica de las medidas cautelares se le causen al afectado con ellas, en el evento ser levantadas. Por ello la obligación de prestar caución recibe el nombre de CONTRACAUTELA, constituyéndose en la garantía de cumplimiento de quien las solicita frente a quien debe soportarlas, estableciéndose de esta manera garantía de igualdad de las personas frente a la Ley y el proceso. Sobre este presupuesto refieren artículos como el 590 y 599 del CGP, el artículo 32 de la Ley 1563 de 2012 (estatuto arbitral).

En todo caso sobre cauciones necesario consultar los artículos 603 y 604 CGP.

vi. **FUNDAMENTO RAZONABLE:**

Este es presupuesto de resorte del juzgador, en la medida que, será él, quien, a partir de conjugar los demás presupuestos aquí indicados, evaluará, hará un control de legalidad frente a la clase de proceso en el cual se está solicitando la cautela o se pretende decretar de oficio y el impacto que podrá llegar a tener respecto, ya sea de las partes o de terceras personas, como también de lo que se pretende garantizar o proteger, las intromisiones en derechos y garantías fundamentales, etc.

8. Características generales de las medidas cautelares

Ahora bien, de la observancia de los presupuestos ya abordados, se desprenden unas características de las cautelares, las cuales, de igual manera, son de obligatoria observancia por los sujetos procesales, evitándose así, eventuales nulidades, el levantamiento de las cautelares practicadas, y de contera, eventuales incidentes condenatorios de perjuicios por el levantamiento de las cautelares o por e exceso en su práctica.

Desde un aspecto general, las medidas cautelares se caracterizan por una triada fundamental: *JURISDICCIONALIDAD*, *INSTRUMENTALIDAD* y *PROVISIONALIDAD*.

La Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento ha señalado sobre las medidas cautelares tanto nominadas como innominadas son una herramienta procesal que pretende asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales.

Señala dentro de las características de las cautelares su: i) instrumentalidad; ii) ser asegurativas; iii) provisorias o temporales; iv) variable o modificable; v) accesoria al proceso particular. (Sentencia STC-15244 de 2019).

No obstante, dado los alcances y diversidad de procesos en los cuales se practican aquellas, la jurisprudencia y doctrina ha ampliado drásticamente las características de las medidas cautelares, bajo una triada inicial: Ser: GARANTISTAS, ACCESORIAS, PROVISIONALES.

La doctrina, aunado a la jurisprudencia, han establecido, respecto de las cautelares, las siguientes características:

» JURISDICCIONALIDAD:

La Cautela cumple esta función en la medida que es al Estado a quien le corresponde dirimir el conflicto con fuerza vinculante –*poder de decisión*–

pero además tiene la función de efectivizar la decisión judicial –*poder de ejecución*–.

Así para poder cumplir con el poder de ejecución debe el Estado procurar normalmente desde el comienzo de la actuación procesal, en ocasiones antes, tomar las medidas precautelativas que vayan asegurando la *eficacia* del futuro fallo favorable.

En suma, las cautelares por regla general son decretadas y practicadas por quien tiene jurisdicción y competencia, incluyéndose aquí ciertas autoridades administrativas al cumplir funciones jurisdiccionales (por ejemplo, lo normado en la ley 256 de 1996, artículo 31, sobre competencia desleal. Ver igualmente artículo 24 del CGP). Ahora bien, determinadas autoridades administrativas igualmente son competentes para decretar y practicar medidas cautelares. Así, la Ley 610 de 2000, artículo 12, en materia del trámite a fin de establecer una eventual responsabilidad fiscal.

» INSTRUMENTALIDAD:

Sin duda la medida cautelar se constituye en el instrumento de *efectividad* del derecho que la accionante procura sea declarado y protegido por vía jurisdiccional. No es autónoma la cautela, su existencia, su práctica, depende de la existencia y trámite de un proceso judicial o en todo caso de una actuación que se constituya en jurisdiccional.

» PROVISIONALIDAD:

La medida cautelar es esencialmente provisional, es regla que la cautela en algún momento se levante, expire. La provisionalidad está íntimamente ligada a la *accesoriedad* en la medida que se requiere la existencia de un proceso judicial para su práctica. Por regla es posible que la cautela se levante y el proceso continúe, pero no lo contrario. No obstante, ocurre eventos en los cuales aún que termine el proceso, continúen vigentes las

cauteladas, las cuales posteriormente harán parte de proceso posterior en el cual se efectivizarán.

Es el caso de cauteladas patrimoniales que practicadas en proceso declarativo, luego harán parte de posterior ejecutivo, como en la responsabilidad civil. Lo correspondiente lo analizamos a partir de los artículos 590 en concordancia con el 306 del CGP.

En materia de familia nos centramos en lo normado en el artículo 598 del CGP, sin perjuicio de lo que se consagre en normas especiales.

Igual sucede en el proceso de restitución de inmueble arrendado, desde la presentación de la demanda a fin adelantar el proceso declarativo, el demandante podrá solicitar la practicar del embargo y secuestro de bienes y una vez terminado con Sentencia en firme a favor de las pretensiones, las cauteladas subsistirán en el tiempo, condicionado ello a que el interesado provoque ejecución dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del fallo, o la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, o a la ejecutoria del auto que aprueba las costas del proceso. Sobre el tema consultar el artículo 384 del CGP.

Según el artículo 590 *ibidem*, en concordancia con el artículo 306 del CGP, el término de los 30 días correrá desde la ejecutoria de la sentencia o desde la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, si el fallo a ejecutar es el de segunda instancia. Se advierte diferencias respecto de lo regulado en el precitado artículo 384 del CGP.

Si se ha practicado medidas cautelares anteriores a la sentencia y esta resultare favorable, dichas cauteladas se constituyen en medidas ejecutivas. Ejemplo en el proceso ejecutivo singular quirografario, previo a la notificación del auto de mandamiento se embargan y secuestran bienes (inaudita parte), luego se profiere sentencia de seguir adelante la ejecución y se procede al avalúo y remate de bienes para satisfacer el crédito indubitado, aquí lo que comenzó bajo el concepto de cautela

provisional, se convirtió en medida ejecutiva o de ejecución propiamente dicha. Lo aquí señalado tiene necesaria relación con lo señalado respecto del concepto y alcance de las *medidas de ejecución anticipadas del fallo*.

» GARANTISTA:

La eficacia de la decisión jurisdiccional o lo que es lo mismo la *garantía de eficacia* de un número nutrido de fallos radica en las cautelas oportuna y legalmente practicadas, se requiere una sentencia con alcance material, no meramente formal. Esta característica es predicable tanto respecto de las medidas cautelares, como de las medidas de ejecución anticipadas del fallo.

» ACCESORIEDAD:

No se reconoce en nuestros ordenamientos procedimentales la medida cautelar como un *PROCESO AUTÓNOMO* sino como un mecanismo de *efectividad* de la decisión judicial. Así la cautela se decreta y practica por regla general al interior de un proceso principal, sin perjuicio que ciertas cautelas se practiquen previo al proceso de manera *urgente*, como se establece en la Ley 294 de 1996 –*Prevención de Violencia Intrafamiliar*–, basta una lectura a los artículos 4° y 5° de la Ley:

ARTÍCULO 4o. <Artículo modificado por el artículo 1o. de la Ley 575 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico o síquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al Comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de éste al Juez Civil Municipal o promiscuo municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente.

Cuando en el domicilio de la persona agredida hubiere más de un despacho judicial competente para conocer de esta acción, la petición se someterá en forma inmediata a reparto (...)

ARTÍCULO 5o. <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 575 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Si el Comisario de Familia o el Juez de conocimiento determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia o maltrato, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas:

- a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, siempre que se hubiere probado que su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia;
- b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a discreción del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquél moleste, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada;
- c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar;
- d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor cuando éste ya tuviera antecedentes en materia de violencia intrafamiliar;

e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima;

f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición el Comisario ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere;

g) Cualquier otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. En los procesos de divorcio o de separación de cuerpos por causal de maltrato, el juez podrá decretar cualquiera de las medidas de protección consagradas en este artículo.

PARÁGRAFO 2o. Estas mismas medidas podrán ser dictadas en forma provisional e inmediata por el fiscal que conozca delitos que puedan tener origen en actos de violencia intrafamiliar. El fiscal remitirá el caso en lo pertinente a la Acción de Violencia Intrafamiliar, al Comisario de Familia competente, o en su defecto al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, para que continúe su conocimiento.

Igual ocurre en la Ley 1098 de 2006 “*Código de la Infancia y la Adolescencia*”, en aspectos tales como la adopción, la violencia en la cual la víctima es el menor de edad, los alimentos, las infracciones penales; normatividad dispersa en la cual se consignan diferentes medidas precautelativas.

Lo aquí señalado sin perjuicio de lo acotado respecto a lo que debemos entender por proceso cautelar.

En todo caso debemos revisar sobre el particular, lo regulado en el artículo 589 del CGP sobre la práctica de medidas cautelares extraprocesales, lo

cual nos lleva consecuentemente al análisis de los dos últimos incisos del artículo 23 del mismo estatuto.

» URGENCIA:

La práctica de la medida cautelar en esencia busca que la *garantía de eficacia* sea inmediata, impidiendo que el obligado se sustraiga a su cumplimiento, por ejemplo, mediante actos de insolvencia, simulación etc., o evitando que prosiga la agresión o cese la amenaza inminente. Es lo que justifica que las cautelas se practiquen previo a la vinculación del demandando al proceso, que se utilice en su práctica la sorpresa (*inaudita parte*). Esta característica se plasma en los artículos 588 y 589 del CGP. De igual manera tratándose de la cautela de *guarda y aposición de sellos*, previo a provocar el proceso de sucesión.

En la ley 294/96 el juez o el comisario dentro de las cuatro (4) horas siguientes a avocar conocimiento podrán adoptar medidas de protección provisionales.

A su turno la Ley 256 de 1996, sobre competencia desleal, artículo 31, señala en sus incisos 2 y 3, que las cautelares son de tramitación preferente y en caso de peligro grave e inminente, podrán dictarse dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de la solicitud e inaudita parte.

» CARÁCTER EJECUTIVO:

El poder de ejecución que emana de la jurisdicción se materializa cuando previo al fallo judicial se aseguró su cumplimiento, así se evita el fallo meramente formal. Un fallo no tiene *efectividad* por sí mismo, se logrará en la medida que practicadas cautelas se materialice el derecho. Así, en un proceso ejecutivo por obligación de dar sumas de dinero, desde la presentación de la demanda se solicitan medidas cautelares, luego de proferirse sentencia o auto de seguir adelante la ejecución se establecen bajo la denominación y alcance de *medidas ejecutivas*.

Igual es dable predicar de los alimentos provisionales, los cuales en un proceso bajo modalidad impositiva o de fijación de cuota, si al demandado se le condena a pagar los alimentos pedidos, esa fijación se convierte, en definitiva, en tanto persistan en el tiempo las circunstancias fácticas que dieron lugar a la condena.

» PROPORCIONALIDAD:

La medida cautelar no puede superar en su práctica el derecho eventual que se requiere garantizar. La cautela no es mecanismo para proteger los derechos de una de las partes, en detrimento de los derechos del otro. Le corresponde al juzgador, independientemente de la cautela solicitada, decretar la que en verdad garantice, sin llegar a perjudicar excesivamente a quien debe soportarla. Aquí surge por ejemplo la posibilidad de la reducción de embargos, derecho consagrado en el artículo 600 del CGP, y el beneficio de competencia regulado en el artículo 445 CGP. Consideramos incluir aquí el Beneficio de excusión contenido en el artículo 442 ibidem.

Igualmente, el artículo 593 del CGP a propósito de la cautela del embargo hace mención expresa a esta característica.

Ahora bien, tratándose de las cautelares innominadas el test de proporcionalidad a la que somete el juez la solicitud que le ha elevado la parte, sin duda debe ser más rigurosa dado lo extenso y eventualmente etéreo, que solicita el interesado.

» MUTABILIDAD:

Por regla general las medidas cautelares son mutables, es así como por ejemplo un embargo practicado sobre bienes del deudor se pueden luego considerar excesivos y ordenarse de oficio o a petición de parte su reducción, o modificar una cautela ya practicada por otra que ofrezca mayor garantía, etc.

En materia de cautelas personales por violencia intrafamiliar se pudo haber *decretado frente al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima*, luego se provoca la demanda de divorcio con base en causal tercera y allí se decreta la *Separación de residencia provisional de los cónyuges*, nótese que se mutó la cautela.

Respecto de cautelas innominadas señala el artículo 590 CGP que el juez podrá de oficio o petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la cautela.

» RAZONABILIDAD

Presupuesto íntimamente ligado al de la proporcionalidad, en el sentido que el Juez al decretar y ordenar la práctica de la medida cautelar no puede apartar en su gestión la imparcialidad que lo obliga, el principio de igualdad que se predica genéricamente de las partes en el proceso, el derecho que se pretende proteger o la obligación que se exige. No le es dable al juzgador practicar sin control alguno toda cautela que le sea solicitada por la parte.

Advierte el inciso 3° del literal c) numeral 1° del artículo 590 del CGP que el juzgador al decretar la cautela, a más de tener en cuenta la *apariencia del buen derecho*, también la necesidad, efectividad, y proporcionalidad de la medida, pudiendo en todo caso decretar una menos gravosa o diferente a la solicitada. Igualmente tendrá que establecer su alcance, su duración, pudiendo disponer su modificación, sustitución o cese de la medida.

» DISCRECIONALIDAD

El juez como director del proceso tiene el deber de hacer un control de legalidad respecto de las medidas cautelares que las partes, otras partes y terceros intervinientes hayan solicitado, incluso sobre aquellas cuya procedencia es de oficio.

No toda medida cautelar podrá ser decretada por el solo hecho ser procedente según una norma que así lo establezca, el juez con sus facultades de dirección será quien en últimas determine la procedencia, efectividad e impacto tanto positivo como negativo frente a quien la solicita, como respecto de quien debe soportarla. Luego el juzgador podrá decretarla o abstenerse de hacerlo; o podrá decretar otra que, siendo garantista, sea a su vez menos gravosa. Así lo establece por ejemplo los artículos 590 del CGP y el 32 del estatuto arbitral.

Analizado lo inherente a los presupuestos y características de las cautelas en general, lo cual es aplicación tanto respecto de las nominadas, como de las innominadas, veamos su aplicación en el artículo 590 del Código General del Proceso, dado que esta norma tiene dos características importantes, de un lado está contenida en el ordenamiento procesal que tiene el carácter de residual como lo es el CGP, de otro, regula lo inherente a las medidas cautelares en el proceso declarativo, justamente aquel en el cual es procedente la cautela innominada, aun cuando, como lo hemos venido sosteniendo, la cautela innominada es transversal lo que significa poderse solicitar por el interesado y el juez decretarla en procesos tales como el ejecutivo y algunos procesos liquidatorios, sin excluir claro está, el proceso de jurisdicción voluntaria. Es fundamento principalísimo de la cautelar innominada la protección actual del derecho en litigio y ese garantismo debe operar respecto de cualquier proceso judicial sin miramientos de la clase de proceso de que se trate. Ahora, frente a la afirmación de la procedencia de la cautela innominada en los procesos ejecutivos, necesario precisar que referimos en concreto a las ejecuciones por obligación de dar bienes distintos al dinero, obligaciones de hacer y de no hacer, dado el componente del perjuicio actual o inminente, lo que lleva a la protección actual y urgente del objeto del litigio, circunstancias que no se lograrían satisfacer únicamente a partir de cautelares propias del proceso ejecutivo por obligación de dar sumas de dinero, como lo es el embargo y el secuestro.

Centrémonos entonces en el citado artículo 590 del Código General del Proceso. La norma en el numeral 1º en el literal c) regula la cautela innominada al indicar que el juez podrá decretar cualquier otra medida que encuentre razonable tanto para la protección del derecho objeto del litigio, como para asegurar la efectividad de la pretensión. Aquí podemos advertir el doble garantismo de la cautela innominada.

En el inciso segundo del literal c) se contiene una exigencia probatoria, le corresponde al peticionante, con su solicitud, demostrar tanto la legitimación en la proposición de la cautela, como la demostración de la vulneración actual de un derecho suyo, o la amenaza actual cierta y seria que podrá llegar a ocurrir. Aspecto probatorio a cargo del solicitante de la cautela lo es asegurarse demostrar la apariencia de buen derecho respecto de sus pretensiones o excepciones o pedimento de su intervención *-fumus boni iuris-* en la medida de constituirse en requisito *sine qua non* a fin el juez considere decretar y practicar la cautela.

El inciso tercero del precitado literal c) del numeral primero, del artículo 590 del CGP contiene igualmente aspectos inherentes a la observancia de ciertas características propias de las medidas cautelares. Así tenemos, observancia por el juzgador de la proporcionalidad, razonabilidad y mutabilidad de la cautelar, en específico cuando advierte que el juzgador podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada.

Hace referencia de igual manera el inciso tercero a una de las características más importante en materia de cautelas y su permanencia en el tiempo, referimos a la provisionalidad, basta revisar el contenido normativo señalado en el párrafo segundo del artículo 590 del CGP, en el evento de requerirse a continuación del declarativo, provocar ante el juez de la primera instancia, el proceso de ejecución a fin de efectivizar lo resuelto en el fallo de fondo proferido en aquel.

9. Medidas cautelares y su contraposición frente a las medidas de ejecución anticipadas del fallo

Uno de los errores usuales en el abordaje, estudio y aplicación práctica de las medidas cautelares es la confusión recurrente entre lo que son las medidas cautelares y las *medidas de ejecución anticipadas del fallo*. Las primeras son mecanismos paralelos y complementarios al proceso principal, las cuales buscan de manera anticipada, por lo general *inaudita parte*, ir asegurando en todo o en parte la eficacia del futuro fallo favorable a quien solicitó las cautelas. En ocasiones, es el caso de las innominadas, para la protección actual del derecho en litigio.

Las denominadas *medidas de ejecución anticipadas del fallo*, son mecanismos por los cuales se le solicita al juzgador, traer a tiempo presente, mayormente *inaudita parte*, los efectos de aquel fallo que aún no se ha proferido, pero que, por la urgencia, se requiere de inmediato pronunciamiento por el juzgador en aras de ir efectivizando o protegiendo un derecho del litigante.

Así, en procesos de la jurisdicción ordinaria, especialidades jurisdiccionales civil, familia, comercial y agrario, además por residualidad o remisión normativa en materia laboral, se dispone tanto de medidas cautelares, nominadas como innominadas, pero a su vez de medidas de ejecución anticipadas del fallo. Piénsese por ejemplo en el proceso de impugnación de actas de asambleas y juntas de socios, cuando el demandante solicita la “*suspensión provisional del acto impugnado*”, lo pedido no es una medida cautelar, es en verdad una medida de ejecución anticipada del fallo.

Para la especialidad jurisdiccional de familia, bastante conocidas medidas de ejecución anticipada del fallo como lo son los alimentos provisionales, autorización de residencia separada de los cónyuges, guarda y custodia provisoria, regulación de visitas provisionales. Más cuando en procesos como lo son el divorcio, la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, la separación de cuerpos, entre otros, cualquiera de los cónyuges solicita el

embargo y secuestro de bienes que pueden ser objeto de gananciales, se estará solicitando medidas cautelares nominadas.

Más en los procesos contenciosos antes citados, igualmente se podrá solicitar la práctica de medidas cautelares innominadas, tanto *inaudita parte*, como en el curso del proceso. Consideremos por ejemplo en el proceso de pertenencia, cuando el poseedor demandante le asegura a su apoderado judicial que el demandado -nudo propietario- viene sistemáticamente en su núcleo social haciendo afirmaciones tales como que le está “robando” su predio, que es un ladrón de tierras, lo que consecuentemente le ha afectado gravemente su buen nombre y le ha cerrado varias oportunidades laborales que le afectan gravemente sus ingresos. Como apoderados del poseedor demandante solicitaremos al Juez el decreto y práctica de una cautela, dándole una denominación adecuada, por la cual se pedirá que se le prohíba al nudo propietario cesar en sus afirmaciones deshonorosas, so pena de que el juez haga uso de sus poderes correccionales. El apoderado se sustentará en los artículos 590 y 44 del CGP.

Conclusiones

La tutela jurisdiccional efectiva en cualquiera de los procesos judiciales y ciertas actuaciones administrativas, no se logra per se por el mero fallo proferido, se requiere en la mayoría de los eventos de la oportuna práctica de medidas cautelares tanto nominadas como innominadas, a más de ciertas medidas de ejecución anticipadas del fallo, las cuales no son menos importantes.

Sin desconocer la indiscutida importancia de la cautela nominada y trayectoria histórica, hoy, tanto en la jurisdicción ordinaria en sus diferentes especialidades jurisdiccionales, como en las jurisdicciones especiales, se dispone de la medida cautelar innominada con su doble propósito garantista. Su entronización en estatutos procesales como el CGP y el CPACA no ha sido fácil, los jueces en un primer momento han sido un tanto reticentes a su decreto y práctica justamente al considerar sin soporte normativo taxativo el pedimento que le presenta el justiciable, lo advierten sin fundamento, a más de cierta aprehensión

en su decreto bajo la creencia infundada por demás, que al hacerlo caen en una especie de prejujuamiento. Basta recordarles comedidamente a los señores jueces lo normado en el artículo 229 del CPACA, cuando el juzgador decreta cautelares innominadas no está prejujuado.

La aseguanza por el juzgador lo es frente a la demostración por el peticionante de una mínima apariencia de buen derecho, a más de la observancia de la proporcionalidad, razonabilidad, necesidad y conveniencia de la cautelar innominada, si todo ello está corroborado, la actuación garantista del juzgador le debe indicar que a la brevedad, deberá decretar y practicar la cautelares pedidas, para lo cual deberá observar los presupuestos contenidos en el artículo 588 del CGP, so pena de poder caer en los presupuestos inherentes al *periculum in damni*. Estaría el juzgador construyendo su propio perjuicio.

El abogado de hoy a partir del concepto: el proceso judicial como garantía Constitucional y legal de la preservación de los derechos individuales y colectivos, tiene indiscutida claridad que la obtención de mera justicia formal, a partir del fallo proferido, sea sentencia o laudo arbitral, no se establece en suficiente para el logro del fin último de la actuación jurisdiccional, el logro de la paz y la armonía sociales. El justiciable requiere la materialización de sus derechos, o lo que es lo mismo, la obtención de una tutela jurisdiccional efectiva, la cual, en no pocos eventos, se logra a partir del oportuno decreto y práctica de medidas cautelares, tanto nominadas, como las innominadas, es lo que solemos denominar una justicia material.

Referencias bibliográficas

CARNELUTTI, Francesco. (2017). Instituciones Del Nuevo Proceso Civil Italiano, Trad. de: Jaime Guasp. Lima: Instituto Pacífico.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 1996. “Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”. Diario Oficial No. 42.692 de 18 de enero de 1996. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0256_1996.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 294 de 1996. “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”. Diario Oficial No. 44.837 del 22 de julio de 1996. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5387>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 de 2000. “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. Diario Oficial No. 44.133 de 18 de agosto de 2000. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0610_2000.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Diario Oficial No. 45.657 de 31 de agosto de 2004. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html#TITULO%20P

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006. “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1563 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.489 del 12 de julio de 2012.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Diario Oficial No. 116 de 20 de julio de 1991. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 25. 7 al 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 379 de 2004. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra; 27 de abril de 2004). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-379-04.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia SU 913 de 2009. (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; 11 de diciembre de 2009). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/SU913-09.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 144 DE 2015. (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; 6 de abril de 2015). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-144-15.htm>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia STC15244 de 2019. (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; 08 de noviembre de 2019). <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-841989530>