

LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN Y TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS DENTRO DE LOS PROCESOS DECLARATIVOS CIVILES EN COLOMBIA

Luisa María Melo Arias¹

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2021

Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2021

Referencia: Melo, L. (2021). Las medidas cautelares como mecanismos de protección y tutela efectiva de derechos dentro de los procesos declarativos civiles en Colombia. *Revista Científica Codex*, 7(13), 199-223.

RESUMEN

La importancia de las medidas cautelares como mecanismos de protección y tutela efectiva de derechos dentro de los procesos declarativos civiles en Colombia reviste una trascendencia tal, que requieren ser analizadas en su trasfondo como un derecho de las partes dentro del proceso y no solo como un derecho de parte. Dentro del presente artículo se efectuará un breve análisis respecto a la función constitucional de las medidas cautelares en los procesos declarativos regulados por el Código General del Proceso, y su estado actual en el estatuto procesal, con el fin de dilucidar la finalidad última de tales herramientas dentro del proceso y plantear por último, cómo las mismas se constituyen en prerrogativas otorgadas a ambas partes dentro del entramado procesal, bien sea desde un punto de vista activo o pasivo.

Palabras clave: tutela judicial, medida cautelar, pretensión cautelar, legitimación, cautela innominada.

1. Abogada egresada de la Universidad de Nariño, conciliadora en derecho, estudiante de la Especialización en Derecho Procesal Civil de la misma institución. Correo: luisamelo9719@gmail.com.

ABSTRACT

The importance of precautionary measures as mechanisms for the protection and effective judicial protection of rights within civil declarative processes in Colombia is of such importance that they need to be analyzed in their background as a right of the parties within the process and not only as a right of part. Within this article, a brief analysis will be made regarding the constitutional function of precautionary measures within the declarative processes regulated by the General Code of Procedures, and their current status in the procedural statute, in order to elucidate the ultimate purpose of such tools within the process and finally propose how they constitute prerogatives granted to both parties within the procedural framework, either from an active or passive point of view.

Keywords: judicial protection, precautionary measure, precautionary claim, legitimation, unnamed precautionary measure.

INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares entendidas como medidas preventivas dentro de los procesos judiciales declarativos en Colombia actualmente regulados por el Código General del Proceso, se han constituido en el elemento idóneo, dispuesto en la norma procesal, para lograr el efectivo cumplimiento de la sentencia que pone fin a un litigio y que la misma no resulte ilusoria; siendo así que las medidas cautelares se convierten por excelencia en un mecanismo que permite garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados; para Carlos Colmenares (2018) las medidas cautelares:

Tienen por objeto los bienes o las pruebas para asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido, y tienden a impedir que su oportunidad pueda convertirse en ilusoria la condena que ponga fin al proceso y a mantener la igualdad de las partes y principalmente la tutela jurídica. (p. 14)

De esta manera, si el objetivo principal de las medidas cautelares preventivas es hacer efectivas las órdenes impartidas en una sentencia judicial precaviendo el riesgo de incumplimiento de tal providencia, o en palabras de Piero Calamandrei (1984) “facilitar el resultado práctico de una ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la mismas” (p. 56); vale la pena analizar si

tal garantía de efectividad, tiene la facultad de hacerse extensiva a la parte pasiva dentro de un proceso judicial cuando en el mismo y por disposición legal se le permite elevar pretensiones, y no solo radicarse en cabeza de quien acude a la jurisdicción promoviendo un litigio, sin desconocer la importancia de estas medidas para el demandante dentro del respectivo proceso; generando así una posible excepción a la concepción general conforme a la cual el demandante es quien tiene la exclusiva legitimación para solicitar ante el respectivo Juez medidas cautelares preventivas para la protección de sus derechos dentro de un proceso declarativo. Ante este planteamiento, la presente investigación se desarrolló en torno a establecer si ¿las medidas cautelares son mecanismo de protección y tutela efectiva de derechos dentro de los procesos declarativos en Colombia para todas las partes en litigio?

Bajo este entendido, el presente artículo se orientó a evaluar si las medidas cautelares consagradas en el Código General del Proceso son mecanismos de protección y tutela efectiva de derechos dentro de los procesos declarativos civiles en Colombia, para cualquiera de las partes que intervienen en los mismos, bien sea de manera activa o pasiva. Con dicha finalidad, se abarcaron tres objetivos específicos, el primero de ellos buscó establecer el propósito que cumplen las medidas cautelares dentro del ordenamiento jurídico nacional; el segundo objetivo estuvo encaminado a analizar el régimen de medidas cautelares en los procesos declarativos en Colombia, introducido en la legislación nacional con el Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012; el tercer objetivo se orientó a analizar las medidas cautelares innominadas dentro de los procesos declarativos y la legitimación en su solicitud como mecanismo de protección y tutela efectiva de derechos para las partes del proceso, y los escenarios en los que dicha cautela puede cumplir tal función.

La presente investigación se abordó desde un paradigma cualitativo con enfoque hermenéutico, empleando como método el análisis de doctrina especializada y fuentes jurisprudenciales. De tal manera que para alcanzar el primer objetivo se efectuó una revisión de fuentes doctrinales especializadas en materia de medidas cautelares, y una revisión jurisprudencial en torno a las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, relativas a la interpretación de tales cautelares, obteniendo como resultado una idea concreta respecto al papel de las mismas dentro del ordenamiento jurídico nacional. En el segundo objetivo, se realizó un estudio legislativo del régimen de medidas cautelares en los

procesos declarativos en Colombia, acudiendo para su interpretación a doctrina especializada, con lo que se pudo determinar qué medidas cautelares son aplicables hoy dentro de un proceso declarativo, y cuáles son sus requisitos de procedibilidad. Finalmente, a través de una revisión legislativa y doctrinal, y bajo un enfoque hermenéutico, se logró determinar la esencialidad de las medidas cautelares innominadas, sus características, requisitos, y legitimación activa requerida para su procedencia.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO PARTE INTEGRAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Desde una concepción y definición clásica, las medidas cautelares dentro de los procesos judiciales han sido concebidas como un instrumento efectivo para asegurar el cumplimiento de la sentencia dictada en los mismos, y para que las órdenes impartidas en ella no resulten ilusorias y de imposible cumplimiento. Sin embargo, hoy en día dicho concepto clásico ha escalado a un nivel distinto, en palabras de la profesora Mónica Alejandra León (2018), con el paso de los años, la razón de ser de las medidas cautelares se amplió con el fin de lograr una tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, por lo que la finalidad de las cautelas sobrepasa el concepto clásico, ya que la tutela judicial efectiva no se logra solo con asegurar anticipadamente la sentencia sino que, en concepto de la autora, incluye otros fines como: (i) preparar el eventual cumplimiento de la sentencia; (ii) anticipar el fallo; (iii) hacer cesar los perjuicios que se están causando a las partes o reparar el daño; (iv) evitar que se causen perjuicios para las partes; (v) proteger intereses legítimos involucrados en el proceso; (vi) suspender los efectos de actos que den apariencia de inconstitucionales o ilegales; y (vii) recaudar elementos de prueba².

-
2. Un ejemplo del avance conceptual y finalista que han tenido las medidas cautelares en Colombia, se puede encontrar en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, específicamente en la consagración de la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos dentro de los procesos declarativos de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derechos; para el profesor Libardo Orlando Riascos Gómez la finalidad de este tipo de medida cautelar como lo consagra el C.PA y C.A., no solo es proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sino que también, este tipo particular de cautela, busca: (...) proteger los derechos fundamentales de las personas y evitar se causen o se sigan causando daños y perjuicios por la ejecutividad o ejecutoriedad de los actos administrativos de carácter particular (Auto de noviembre 6 de 2014, Sección Quinta del C. de E.), o de carácter general en los que se incorporen derechos fundamentales (conocidos en doctrina como actos mixtos o actos condición); o bien, para evitar se siga vulnerando, desconociendo o quebrantando el ordenamiento jurídico vigente, cuando se trata de actos administrativos de carácter general, abstracto, impersonal u objetivos (Riascos, 2017, p. 128).

La jurisprudencia constitucional de antaño ha entendido que el acceso a la administración de justicia –tutela judicial efectiva–, es una necesidad inherente al ser humano³. En la sentencia C-086 de 2016 la Corte Constitucional colombiana, al estudiar la constitucionalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, recordó que la tutela judicial efectiva es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho con respaldo no solo en la Carta Política, sino también en los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad⁴, en palabras de la Corte, la tutela judicial efectiva:

Se traduce en la posibilidad, reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-086, 2016).

Consecuentemente, en la providencia antes citada, la Corte indicó que este derecho fundamental no solo implica la existencia de mecanismos nominales que pongan en marcha a la administración de justicia, sino que requiere “un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-086, 2016), explicando a su vez, que tal derecho hace parte del núcleo esencial del debido proceso, por lo que es de aplicación inmediata, y “se garantiza a través de las distintas acciones y recursos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de los derechos”⁵ (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-086, 2016).

3. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión (8 de septiembre de 1998). Sentencia T-476 [MP Fabio Morón Díaz]; Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (29 de mayo de 2002). Sentencia C-426 [M. Rodrigo Escobar Gil].
4. El fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra especialmente en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política, así como también en los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (15 de mayo de 2013) Sentencia C-279 [MP Jorge Pretelt Chaljub]; Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (27 de marzo de 2014) Sentencia C-180 [MP Alberto Rojas Ríos]; Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión (3 de junio de 2015) Sentencia T-339 [MP Jorge Palacio Palacio].
5. Cfr. Sentencia C-207 de 2003.

De esta forma, es posible afirmar que, como derecho fundamental, la tutela judicial efectiva incluye dentro de sus elementos a las medidas cautelares, pues tal y como fueron consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, no pueden ser entendidas como un simple instrumento aislado para el cumplimiento de la sentencia, sino que hacen parte de un todo, integradoras no solo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino también del debido proceso, razonamiento que el profesor Jorge Forero Silva (2020), explica así:

El régimen cautelar tiene una fuente constitucional, puesto que (i) facilita el acceso a la justicia en la medida de que el accionante cuenta con cautelas que justifican acudir ante el operador de justicia, (ii) hace posible la igualdad de las partes, y (iii) contribuye para que prevalezca el derecho sustancial, toda vez que si el juez concede la razón al demandante será posible materializar las decisiones adoptadas (p. 29).

En el mismo sentido, el profesor Jairo Parra Quijano (2013) manifiesta:

La Corte Constitucional colombiana ha señalado en repetidas oportunidades, que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (Const. Pol. Arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege de manera provisional y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales (...) (p. 306).

Dicha concepción del régimen cautelar establecido en el ordenamiento jurídico nacional, es confirmada por la postura de la Corte Constitucional con base a la cual, la tutela cautelar constituye una parte integral del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, pues no solo garantiza la efectividad de la sentencia, sino que contribuye a un mayor equilibrio procesal, al asegurar que quien acude a la justicia mantenga un estado de cosas semejante al que existía cuando acudió a los jueces, siendo que “las medidas cautelares tienen un amplio sustento constitucional, ya que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho a la administración de justicia y contribuyen a

la igualdad procesal” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-352, 2017).

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS DENTRO DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Una vez vista la importancia constitucional que implica el régimen cautelar dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y con el fin de auscultar el tema central del presente artículo, analizando la viabilidad de un estatus amplio en cuanto a la legitimación de las partes en litigio dentro de los procesos declarativos civiles en Colombia de cara a la solicitud de cautelas, resulta pertinente verificar el estado actual de dicho régimen dentro del estatuto procesal que lo contiene.

El Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012, estableció en su libro cuarto, un régimen de medidas cautelares y cauciones en el cual se regula la solicitud, decreto y práctica de cautelas dentro de procesos judiciales declarativos y ejecutivos. En esta oportunidad, el tema central de análisis referirá directamente con las medidas cautelares dentro de los procesos declarativos, por lo que resulta preciso anotar que este tipo de cautelas no representan una novedad introducida por el Código General del Proceso, pues las mismas también se consagraron en el antiguo estatuto procesal, Código de Procedimiento Civil - Decreto 1400 de 1970, pero únicamente permitidas dentro de los procesos ordinarios que regulaba esta norma.

Bajo este panorama, tenemos que, si bien la posibilidad de solicitar medidas cautelares dentro de un proceso declarativo no resulta una novedad dentro del actual estatuto procesal, dicho código sí introdujo sendas innovaciones a este régimen cautelar, como se verá a continuación.

Sea lo primero indicar que el artículo 590 del Código General del Proceso permite, desde la presentación de la demanda, la solicitud de tres tipos de cauciones dentro de los procesos declarativos que el mismo regula⁶, a saber: (i) la inscripción de la demanda sobre bienes su-

6. El libro Tercero, Sección Primera del Código General del Proceso, contiene y regula los procesos declarativos, concebidos como procesos verbales, verbales sumarios y declarativos especiales, regulados a su vez en el Título I, Título II y Título III, respectivamente de la Sección indicada. Dicho sea de paso, para ciertos procesos declarativos de familia, el Código General del Proceso consagró medidas cautelares específicas, contenidas en el artículo 598 de la norma, a las que no se hará referencia en el presente artículo.

jetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre el dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, (ii) la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro de propiedad del demandado cuando el proceso persiga el pago de perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual, (iii) cualquier otra medida que el juez considere razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la protección (Ley 1564, 2012).

Las dos primeras medidas cautelares enunciadas han sido catalogadas por la doctrina como cautelares nominadas dentro de los procesos declarativos, mientras que la última se cataloga como una cautela innominada⁷, sobre la cual versa principalmente la novedad implementada por el C.G.P en esta materia, pues el anterior Código de Procedimiento Civil no estipulaba la posibilidad de solicitar este tipo de cautelares.

Se debe indicar que las medidas cautelares nominadas exigen para su decreto situaciones fácticas concretas como que en el proceso se persiga el derecho de dominio u otro derecho real sobre los bienes del demandado, o verse sobre el pago de perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual; mientras que la medida cautelar innominada no basa la procedencia de su decreto en el asunto o las pretensiones del proceso, pero sí fue establecida para finalidades específicas, enunciadas en el literal C del artículo 590 del C.G.P., esto es, proteger el derecho en litigio, –la norma no distingue qué tipo de derecho tiene que ser reclamado en la demanda–, impedir su infracción, evitar las consecuencias derivadas de la mismas, prevenir daños, hacer cesar los daños causados, o asegurar la efectividad de la protección.

Por otro lado, el Código de Procedimiento Civil –Decreto 1400 de 1970– establecía en su artículo 690 el régimen de medidas cautelares dentro de los procesos ordinarios, permitiendo que estas se decretaran

7. Al respecto y frente a las medidas cautelares innominadas, Marioni (2013) manifiesta: En el momento en el que surgió la necesidad de impedir la violación de los derechos de la personalidad, la acción cautelar innominada fue utilizada como antecedente de la acción declaratoria, demostrándose la necesidad de un procedimiento de conocimiento en el que fuese posible la obtención de tutela inhibitoria en forma anticipada (p. 979).

desde el auto admisorio de la demanda, cuando la misma versara “sobre dominio u otro derecho real principal, en bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, de hecho o de derecho” (Decreto 1400, 1970, art. 690), en este caso, las medidas cautelares que procedían eran: (i) La inscripción de la demanda en cuanto a los bienes sujetos a registro, previa presentación de caución que garantice el pago de las costas y perjuicios que con ella lleguen a causarse, (ii) El secuestro de los bienes muebles, (iii) en el auto admisorio de la demanda que verse sobre indemnización de perjuicios causados por accidente de tránsito, el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño, previa presentación por parte del demandante de los perjuicios que la medida pueda causar. En los procesos ordinarios donde se solicite el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, si el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y ésta fuere apelada o consultada, aquél podía solicitar el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado (Decreto 1400, 1970).

Como se puede evidenciar, las medidas cautelares permitidas por el antiguo y nuevo estatuto procesal no conllevan un gran contraste, pues en lo referente a su solicitud y procedencia presentan las mismas características, diferenciándose en pequeñas cualidades como las cautelas exigidas o la oportunidad para su solicitud.

Empero, y como se puede observar, la innovación introducida por el Código General del Proceso en materia de medidas cautelares gira en torno a la posibilidad de solicitar cautelas innominadas, tal como lo establece el literal C del artículo 590 del estatuto procesal, estas cautelas, son definidas por el profesor José Fernando Sandoval (2020), en el siguiente sentido:

(...) las medidas cautelares de tipo innominado son aquellas cuyo contenido se encuentra indeterminado para que sea la autoridad judicial quien se encargue de elaborar aquella que resulte más adecuada para el caso específico que en ese momento se encuentre resolviendo. Por ello, las características de la medida cautelar que se decrete dependerán de las características puntuales de cada caso. En ese sentido, el juez desempeña el papel de un “artesano jurídico” al elaborar la orden provisional más adecuada para la protección anticipada de los derechos del demandante. (p. 4)

Así, este nuevo tipo de medida cautelar⁸ introducida en la norma procesal, ha sido objeto de diversos estudios y pronunciamientos por parte de la doctrina nacional, y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ya que no pocos han sido los interrogantes que surgieron en torno a su solicitud, decreto y práctica.

Es importante resaltar que para el decreto de una medida cautelar innominada el legislador exigió ciertos requisitos adicionales que deben ser analizados por el juez de conocimiento a la hora de ordenarlas, análisis que la misma ley lo relevó de efectuar ante la solicitud de una medida cautelar nominada. De esta forma, el decreto de una cautela innominada dentro de un proceso declarativo procederá previo estudio y verificación de los siguientes elementos: (i) legitimación o interés de las partes para actuar; (ii) la existencia de vulneración o amenaza del derecho; de igual manera, la norma exige al juez tener en cuenta los siguientes elementos de cara a las cautelas innominadas: (a) apariencia de buen derecho; (b) necesidad de la medida; (c) efectividad, y (e) proporcionalidad (Ley 1564, 2012).

Solo previa la verificación y consideración de los elementos antes referidos, el juez podrá decretar una medida cautelar innominada, es-

8. Es importante en este punto aclarar que, si bien el Código General del Proceso introdujo a la legislación procesal civil las medidas cautelares innominadas de manera genérica para todos los procesos declarativos (Sandoval, 2020), dentro de la legislación colombiana ya existían disposiciones procesales especiales que consagraban este tipo de medida cautelar, permitidas solo dentro de ciertos procesos particulares, con temas muy específicos. Así, la Ley 256 de 1996 “Por medio de la cual se dictan normas sobre competencia desleal”, dispuso en su artículo 31 lo siguiente “(...) MEDIDAS CAUTELARES. 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” (Ley 252, 1996) (Subrayado fuera del texto), anotando que dicha norma no fue derogada por la Ley 1564 de 2012.

De igual manera, la Ley 472 de 1998 que desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política nacional, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, estableció en diversos artículos la posibilidad de solicitar cautelas innominadas en estos procesos; para el caso de las acciones populares el inciso 3 del artículo 17 dispone “(...)En desarrollo del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el juez competente que reciba la acción popular tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos” (Ley 472, 1998), y a continuación, el artículo 25 permite “Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes: (...)” (Ley 472, 1998). Finalmente, en materia de acciones populares que versen sobre la moralidad administrativa, el artículo 43 de la Ley 472 permite al juez de conocimiento decretar “las medidas previas o cautelares que estime procedentes” (Ley 472, 1998).

tando facultado para determinar su alcance, duración, modificación, sustitución o levantamiento.

2.1 Solicitud de cautelas innominadas, ¿libertad o restricción?

Uno de los más álgidos debates surgidos en torno a las medidas cautelares innominadas ha sido determinar qué tipo de cautela pueden solicitarse bajo la denominación de tales. Así, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia STC 15244 del 8 de noviembre de 2019 con Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona, determinó que las medidas cautelares innominadas son aquellas distintas a las clasificadas como nominadas, es decir la inscripción de demanda, embargo y secuestro de bienes, de tal forma que no es posible en procesos diferentes a los establecidos en el literal a y b del artículo 590 del C.G.P. solicitar las medidas cautelares que se regulan en estas normas, al respecto la Corte manifestó:

Las cautelas continúan siendo, como en la anterior normatividad procesal civil, la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, el embargo y/o el secuestro; empero, además, se establece la procedencia de las llamadas innominadas y las previstas para los “procesos de familia” (art. 598, C.G.P.).

Tal categorización revela la existencia de una reglamentación propia para cada tipo de medida e impide concluir que la inclusión de las innominadas entraña las específicas y singulares, históricamente reglamentadas con identidad jurídica propia, pues de haberse querido ello por el legislador, nada se habría precisado en torno a la pertinencia y características de las ya existentes (inscripción de la demanda, embargo y secuestro) y tampoco se habrían contemplado las particularidades de las nuevas medidas introducidas. (Subrayado fuera del texto)

Innominadas, significa sin “nomen”, no nominadas, las que carecen de nombre, por tanto, no pueden considerarse innominadas a las que tienen designación específica; como lo expresa la Real Academia Española – RAE- “(...) Innominado(a): Que no tiene nombre especial (...)”. De modo que atendiendo la preceptiva del artículo 590 ídem, literal c), cuando autoriza como decisión cautelar “(...) cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio (...)”, implica entender que se está refiriendo a las atípicas, diferentes a las señaladas en los literales a) y b), las cuales sí están previstas legalmente para casos concretos; de consiguiente, las innominadas no constituyen una vía apta para hacer uso de instrumentos con categorización

e identidades propias (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, STC15244, 2019).

A pesar de la postura establecida por la Sala Civil en la sentencia referenciada, el Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque presentó salvamento de voto a la decisión adoptada por la Corte discrepando con la misma ya que, bajo su concepto, es posible que a título de medida cautelar innominada se soliciten las medidas consagradas en el literal a) y b) del artículo 590 del Código General del Proceso, es decir, que en procesos distintos a aquellos en los que se persigan perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y en los que la demanda verse sobre el dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, es posible solicitar la inscripción de la demanda, el embargo y secuestro de bienes, esto siempre que la solicitud cumpla con los requisitos exigidos por el literal C del artículo 590 del C.G.P., por lo tanto, el solicitante debe contar con legitimación o interés para actuar, debe existir una amenaza o vulneración del derecho, así como apariencia de buen derecho, necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, puesto que en su concepto:

Esto es, las medidas innominadas no solo son las que no están expresamente señaladas en la ley, sino aquellas que estando en el ordenamiento, no lo están para un caso específico o particular, pues frente a este son verdaderamente genéricas a pesar de ser típicas para otras eventualidades.

Ello porque prima la «efectividad de la sentencia» y no la «interpretación restrictiva» que antes era. Así, en las acciones reales, que consagran típicamente solo la inscripción de la demanda, pudiera aplicarse el embargo, que no está expresamente indicado, siempre que por ese camino se vaya tras la efectividad del fallo favorable al actor y se cumplan los requisitos que la norma exige (Lit. c, núm. 1º, art. 590, C.G.P.) (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, STC15244, 2019).

En conclusión, el régimen actual de medidas cautelares consagrado en el Código General del Proceso establece para los procesos declarativos dos tipos de medidas, nominadas e innominadas, teniendo frente a las mismas que, conforme a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, su procedencia debe ajustarse de manera

estricta a las disposiciones reguladas en la norma que las establecen, no siendo procedente su decreto en situaciones distintas a las indicadas en el artículo 590 del C.G.P.

Pese a lo anterior, es necesario en este punto disentir de la posición adoptada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ratificada en la sentencia STC 15244 del 8 de noviembre de 2019, pues si se tiene en cuenta que la finalidad verdadera de las medidas cautelares, como se vio en puntos anteriores, es asegurar el cumplimiento de la sentencia que ponga fin al litigio incoado pero con miras a un objetivo superior que es garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y lograr en el marco del proceso igualdad entre las partes como garantía esencial del debido proceso, lo que no es otra cosa que garantizar derechos fundamentales; persiguiendo dicho fin, la interpretación de las normas que regulan las mismas, especialmente las cautelas innominadas debe ser flexible y garantista, sin desconocer los requisitos de procedibilidad específicos para su decreto. Frente al punto, en palabras de la profesora Mónica Alejandra León (2018), haciendo referencia al literal C del artículo 590 del Código General del Proceso:

La lectura de la norma pone de presente que el juez está facultado para decretar cualquier medida cautelar que sea razonable para cumplir los fines expuestos en el acápite tercero de este escrito, incluso aquellas que puedan estar reguladas en alguna norma –las medidas cautelares innominadas–, pues precisando lo dicho líneas atrás más que la denominación que recibieron las cautelares innominadas, lo que en su esencia contemplan es un poder cautelar amplio y genérico (p. 311).

3. LEGITIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN CAUTELATIVA, UN PUNTO CRÍTICO

Vista la finalidad constitucional que cumplen las medidas cautelares en los procesos declarativos regulados por el Código General del Proceso y el estado actual de dichas cautelas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, resulta preciso traer a colación los elementos necesarios para su decreto y práctica, punto este crucial para determinar quiénes dentro de un proceso judicial se encuentran legitimados para elevar ante el juez una solicitud cautelar en pro de la defensa y materialización de sus derechos.

Como se estudió en acápite anteriores, conforme lo establece el artículo 590 del Código General del Proceso, los requisitos que debe cumplir una pretensión cautelar dentro de un proceso declarativo para que sea próspera dependen del tipo de cautela solicitada a la autoridad judicial, es decir si la misma se configura como cautela nominada o innominada. Así pues, si se requiere el decreto de una cautela nominada, basta con que la misma se interpele dentro de los procesos declarativos cuyas pretensiones se encuentran enmarcadas en los literales a y b del numeral 1 del artículo 590 del C.G.P, sin que para su decreto sea necesario un análisis de requisitos adicionales como el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora*; mientras que, si la cautela es innominada resulta preciso determinar en primera instancia, que esta se dirija a cumplir alguno de los fines establecidos en el inciso primero del literal C del artículo 590 del C.G.P.⁹, adicionalmente es indispensable verificar: (i) la legitimación o interés de las partes para actuar; (ii) la existencia de vulneración o amenaza del derecho; (iii) apariencia de buen derecho; (iv) necesidad de la medida, (vi) efectividad, y (vii) proporcionalidad.

No existe mayor punto de discusión frente a los requisitos necesarios para solicitar una cautela bien sea nominada o innominada dentro de un proceso declarativo, sin embargo, de la lectura del artículo 590 del C.G.P., surgen ciertas dudas respecto a quienes se encuentran legitimados para solicitar determinado tipo de cautelas, dudas cuya resolución puede arrojar sendas reflexiones en torno a la legitimación por activa de una pretensión cautelar en el proceso.

En primer lugar, se debe aclarar que no hay incertidumbre frente a la legitimación exclusiva del demandante para solicitar una medida cautelar nominada en un proceso declarativo, ya que las mismas proceden solo en la medida en que las pretensiones del acto procesal inicial se encuentren catalogadas dentro de las estipuladas en los literales a y b del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso, incluso, dicha norma es clara el determinar que tales cautelas pueden solicitarse desde la presentación de la demanda, a solicitud del demandante.

9 Que se solicite una medida razonable, cualquiera que sea, dirigida a la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de las mismas, prevenir daños, hacer cesar los que hubieren causado, o asegurar la efectividad de la pretensión (Ley 1564, 2012).

Por otro lado, la legitimación para solicitar a la jurisdicción una medida cautelar innominada, relata una historia distinta. Una lectura superficial del literal C del artículo 590 del C.G.P., podría llevar a la conclusión, valga decir apresurada, de que estas cautelares también se encuentran, como las nominadas, en cabeza exclusiva del demandante, promotor inicial del proceso; empero, se debe tener en cuenta que estas cautelares persiguen finalidades concretas dirigidas a la protección del derecho en litigio, apreciación que debe analizarse con cuidado, pues el derecho o los derechos en el litigio y su protección no son prerrogativas exclusivas del demandante, por el contrario, si lo son de las partes del proceso, ya que de una u otra forma sus intereses, bien sea desde un punto de vista pasivo o activo, se ven involucrados en el trámite procesal para su resolución final.

El artículo 590 del C.G.P., arroja ciertos indicios que permiten entender que las medidas cautelares innominadas son derechos de las partes procesales, y no solo del promotor inicial del litigio. Como se puede observar en el inciso segundo del literal C del artículo referenciado, se establece que la autoridad judicial, previo al decreto de una medida cautelar innominada, debe analizar la legitimación o interés para actuar de las partes, premisa que permite concluir que no solo el demandante está legitimado para solicitar este tipo de cautelares, sino también el demandado, de lo contrario, el legislador no exigiría al juez analizar la legitimación de quien solicita la medida cautelar previo a su decreto, tal y como lo hizo con las cautelares nominadas, en donde, de entrada dotó al demandante de legitimación para su solicitud bajo supuestos específicos antes vistos.

No resulta extraño que dentro de un proceso judicial el demandado tenga la posibilidad, –al contestar la demanda y presentar excepciones–, de realizar solicitudes individuales al Juez que, si bien se derivan del litigio promovido por el demandante, deben ser resueltas en sentencia y su concesión pueden significarle el reconocimiento de derechos y prerrogativas que a la postre requerirán de una ejecución efectiva.

Uno de los más claros ejemplos de la situación antes indicada puede encontrarse en los procesos de restitución de inmueble regulados por los artículos 384 y 385 del Código General del Proceso, dentro de los cuales, la parte pasiva del litigio está habilitada a proponer, como excepción de mérito, el reconocimiento y pago de las mejoras realiza-

das al inmueble, a cargo del demandante; dicha petición de mejoras debe ser resuelta en sentencia y requiere una garantía eficaz para su cumplimiento, en iguales condiciones a las garantías otorgadas al demandante. De igual manera, encontramos que por vía de excepción, el demandado puede elevar solicitudes relativas a ciertas figuras jurídicas que deberán ser resueltas por el juez, lo cual si de pretensiones se tratara, es el caso determinado en el artículo 282 del C.G.P, frente a la proposición de simulación o nulidad relativa como excepciones de mérito, respecto de las cuales, el juez debe pronunciarse expresamente en sentencia, valga anotar, siempre que en el proceso sean partes quienes participaron en el acto o contrato que les dio origen.

Es dable afirmar entonces que la posibilidad de solicitar medidas cautelares dentro de un proceso declarativo se constituye en un derecho que está en cabeza también del demandado, bajo el entendido de que tal solicitud procede cuando el mismo requiera el aseguramiento o protección de un derecho concreto eventualmente amenazado¹⁰, o por otro lado, se encuentra habilitado para proponer excepciones que conlleven el reconocimiento y pago de prestaciones a su favor dentro del respectivo proceso, a ser resueltas en sentencia y cuya materialización exige el decreto de una medida cautelar, esto, porque los derechos del demandado también se dirimen dentro del litigio y requieren de una protección concreta, entendiendo que el objeto del proceso no solo consiste en acceder a la jurisdicción, sino obtener de esta los medios adecuados para la protección de los derechos en juego (Alexy, 2007), independientemente de que parte en el litigio solicite tal protección.

Así, la esencia de las medidas cautelares como herramientas necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia judicial que pone fin a un proceso declarativo debe analizarse como una opción viable para ambas partes en litigio y no solo para el demandante, pero en el caso del demandado solo si la medida se dirige a la protección concreta de ciertos derechos eventualmente amenazados¹¹, o si el demandado ha

10. Entiéndase este como el escenario general en el que se permite solicitar medidas cautelares innominadas, conforme a las finalidades dispuestas para las mismas en el literal C del artículo 590 del C.G.P.

11. La solicitud de medidas cautelares requeridas con el fin de proteger medios de prueba sería un ejemplo de esta aseveración, y un evento en el que el demandado tendría la posibilidad de requerir con éxito la protección cautelar, cuando, por ejemplo, dichos medios probatorios sean sustento de los mecanismos de defensa a emplear dentro del proceso, y por distintos motivos exista riesgo de pérdida o deterioro del medio probatorio.

propuesto excepciones que involucren el reconocimiento de un derecho¹², a ser resueltas en sentencia, entendiendo que dicha posibilidad es un mecanismo de tutela efectiva de tales prerrogativas; valga aclarar en este punto que, tal apreciación se efectúa considerando al demandado solo en dicha calidad y no como demandante en reconvención, pues en este caso el demandado inicial adquiere otra calidad, la de demandante, en donde no existe duda alguna frente a su legitimación activa para solicitar cautelas.

El mismo estatuto procesal civil otorga la herramienta adecuada para que, conforme a la tesis planteada, el demandado sea considerado un sujeto con legitimación activa frente a una pretensión cautelar; esta herramienta se materializa en las medidas cautelares innominadas, las cuales, a concepto de la autora, procederán a favor del demandado solo si su solicitud cumple el lleno de los requisitos exigidos por el legislador para su decreto (Ley 1564, 2012). Aunado a lo anterior, resulta preciso plantear, debido a lo atípico que resulta que una medida cautelar sea solicitada por la parte pasiva dentro de un litigio, que es necesario observar, desde una perspectiva puramente académica, ciertos parámetros ante una solicitud cautelar bajo estas condiciones para que la misma sea próspera, parámetros que si bien, y como es lógico, no resultan obligatorios ni adicionales a los requisitos exigidos por el literal C del artículo 590 del C.G.P para las cautelas innominadas, pueden representar una base para determinar cuándo sería procedente y útil bajo un punto de vista práctico que el demandado solicite cautelas, así:

- a. Un indicativo básico para determinar la procedencia y utilidad de una medida cautelar solicitada por el demandado dentro de un proceso judicial es que este, en las oportunidades procesales adecuadas, eleve excepciones de mérito que tengan inmersas pretensiones económicas frente a las cuales el juzgador deba pronunciarse en sentencia, y que la ley le permita resolver y reconocer en la misma.
- b. Este parámetro solo resultaría válido cuando la norma permite, según el tipo de proceso, que la pretensión económica del demanda-

12 A manera de ejemplo se tiene, la proposición como excepción de mérito del reconocimiento de mejoras, frutos, indemnizaciones, multas, por parte del demandado, solo en la medida en que la ley permita discutir los aspectos propuestos por vía de excepción, y no exija para su análisis y procedencia la interposición de una demanda de reconvención.

do se presente como excepción, pues resultaría a todas luces un despropósito solicitar una medida cautelar cuando se propone una excepción de mérito que incluye pretensiones económicas siendo que por ley estas debían ser reclamadas por otra vía procesal como la demanda de reconvención.

- c. Cuando al presentar excepciones de mérito, se incluya solicitudes que a la postre requieran una actividad de la contraparte –entiéndase el demandante–, constituida en una obligación de dar, hacer o no hacer, por ejemplo, en el evento en que se solicita como excepción la nulidad, bien absoluta o relativa de un acto o contrato, que al ser resuelta en sentencia, implique de la contraparte la obligación de efectuar las restituciones que le correspondan conforme al acto jurídico afectado de nulidad. Así, el demandado, al ser quien propone la excepción tiene el derecho de que se cautele su interés, para que dichas restituciones sean efectivas y de pronta ejecución.

Como corolario de lo anterior, se debe indicar que, si bien puede resultar atípico que el demandado tenga una petición cautelar en el proceso declarativo civil, la misma es jurídicamente factible y procedente, bajo el entendido de que la norma brinda lo elementos necesarios para que dicha petición prospere, lo que se justifica, así: (i) En primer lugar, la finalidad de las medidas cautelares dentro del ordenamiento jurídico nacional es asegurar el cumplimiento de la sentencia en pro de salvaguardar la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados y el debido proceso como garantía constitucional fundamental, sin distinguir qué calidad deben tener los sujetos procesales para ser titulares de tal protección; (ii) En segundo lugar, el estatuto procesal establece las bases legales conforme a la cuales las autoridades judiciales deben fundamentar su decisión a la hora de decretar una medida cautelar, esto es, que la misma norma indica a los jueces los parámetros que deben identificar y verificar para decretar una cautela, no habiendo riesgo así de que la autoridad incurra en órdenes desproporcionadas si es el demandado quien le solicita el decreto cautelar; (iii) y en tercer lugar, si bien la norma establece que desde la demanda el demandante puede solicitar medidas cautelares, no cierra la posibilidad a que las mismas se pretendan en cualquier otro acto procesal de parte, como la contestación de la demanda, o en cualquier otro momento dentro del

proceso, cuando la situación actual de cualquiera de los sujetos procesales así lo requiera.

Todo lo planteado con anterioridad cobra aún más sentido, si se tiene en cuenta que las medidas cautelares no tienen como finalidad exclusiva proteger el derecho del demandante, sino que buscan en esencia proteger garantías y derechos fundamentales, por lo que, el análisis de la legitimación para la solicitud de una pretensión cautelar debe estudiar el trasfondo real y concreto para el que fueron instituidas las cautelares, que no solo es defender y asegurar el interés de una parte, sino hacer cumplir una sentencia y tutelar derechos, entiéndase, sin importar a quien favorezcan, por lo que es necesario distinguir quienes bajo la literalidad de la norma están facultados para solicitar medidas cautelares, pero también, quienes bajo el concepto de medida cautelar y su finalidad última dentro del litigio, están igualmente facultados para solicitar la protección de sus derechos a través de una cautela.

Para la profesora Mónica León (2018), entender que la legitimación en la causa para solicitar una medida cautelar innominada está en cabeza exclusiva del demandante, implica una interpretación del artículo 590 del C.G.P., vulneradora del derecho constitucional a la igualdad, y contraria a el deber del juez de hacer uso de los poderes que el mismo código le otorga para lograr la igualdad real de las partes (Ley 1564, 2012), lo que a su vez, contraviene la esencia misma de las cautelares y su finalidad concreta de asegurar una tutela judicial efectiva, por lo que concluye, que no solo el demandante sino todo aquel que, con ocasión al proceso, vea afectados o amenazados sus derechos o intereses pueda solicitar una medida cautelar.

A pesar de que se comparte la posición sentada por la doctrinante frente a la insostenibilidad de una legitimación exclusiva del demandante dentro de un proceso declarativo para elevar pretensiones cautelativas, es necesario efectuar ciertas reservas frente a dicha posición, pues si bien es cierto que al momento de decretar una cautela se debe observar su procedencia más allá de lo que la literalidad de la norma indica, –esto es que su decreto persiga los fines constitucionales para los cuales fue prevista–, la legitimación de la solicitud no podría, en virtud del principio de seguridad jurídica, extenderse más allá de las partes en litigio o de quienes, eventualmente, la norma considera como

partes para ciertos procedimientos¹³ y radicarse en quienes no tienen calidad de tales dentro del proceso y por el contrario actúan como terceros en cuestiones accesorias al mismo, siendo que la norma, si bien da lugar a una interpretación amplia frente a la legitimación por activa de cara a una pretensión cautelar, como ya se vio, solo lo hace dentro de la esfera de los sujetos principales del proceso –las partes–, y no de quienes dentro de este tengan atribuida otra calidad, –como terceros intervinientes¹⁴–, a quienes el estatuto procesal no les permite elevar propiamente pretensiones en el proceso, a ser dirimidas en sentencia, y por consiguiente, requieran de una protección concreta para su materialización.

Finalmente, se debe señalar que una interpretación del Código General del Proceso en el sentido planteado, no resulta absolutamente extraña a la hora de concebir las medidas cautelares como prerrogativas que favorecen también al demandado dentro de un proceso judicial, pues la legislación colombiana ya ha permitido de manera expresa y en casos concretos, como el de los procesos arbitrales, que una persona, con la calidad de demandado, solicite medidas cautelares; es el caso regulado por el artículo 32 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional - Ley 1563 de 2012, que reza:

ARTÍCULO 32. MEDIDAS CAUTELARES. **A petición de cualquiera de las partes**, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. (...)

Para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho (...) (Subrayado fuera del texto original) (Ley 1563, 2012).

13. Entiéndase aquellos intervinientes que, sin tener la calidad de demandante o demandado en el estatuto procesal se les otorga la calidad de partes, solo para ciertos actos o procedimiento, como es el caso de los incidentes procesales, siendo que el artículo 69 del Código General del Proceso dispone: “Cuando la intervención se concrete a un incidente o trámite, el interviniente solo será parte en ellos” (Ley 1564, 2012).

14. Son terceros intervinientes el coadyuvante y el llamado de oficio (Ley 1564, 2012).

No resulta así, un desfase jurídico pensar que la parte pasiva de un litigio tiene legitimación activa para elevar pretensiones cautelativas ante una autoridad judicial, más aún cuando la misma legislación nacional ya lo ha previsto como una posibilidad dentro de otros procesos, y siendo que el estatuto procesal no imposibilita esta opción, sino que por el contrario su redacción permite una interpretación en pro de dicha postura. Empero debe advertirse, por último, que la sola solicitud cautelar elevada por el demandado no bastaría para que la misma sea decretada, entendiendo que la única posibilidad de la parte pasiva del litigio para obtener la protección de sus derechos a través de dichas herramientas son las medidas cautelares innominadas, mismas que para ser otorgadas exigen de un amplio y riguroso análisis frente a todos y cada uno de los requisitos que la integran, por lo que tal solicitud debe respaldarse en vasto sustento fáctico y jurídico a efectos de su procedencia y ejecución, pues es un deber del juez analizar si la misma cumple los fines legales constituidos para su procedencia, y por ende, es un deber de la parte que la solicita demostrar que su pretensión cautelar es necesaria como fuente de tutela de sus derechos.

CONCLUSIONES

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano la concepción clásica de medidas cautelares entendidas como herramientas para el cumplimiento y ejecución de fallos judiciales evolucionó, en gran parte debido al desarrollo jurisprudencial, a tal punto que hoy en día las medidas cautelares son consideradas como elementos esenciales para asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, generar igualdad entre las partes y asegurar el derecho al debido proceso de los mismos, lo que no es otra cosa que servir como herramienta de garantía para los derechos fundamentales dentro de un proceso judicial.

El régimen cautelar consagrado en el Código General del Proceso para los procesos declarativos que el mismo regula, no introdujo cambios normativos drásticos frente a la posibilidad de solicitar medidas cautelares dentro de estos, pues las cautelas nominadas que el nuevo estatuto procesal consagra, venían instituidas desde el Código de Procedimiento Civil - Decreto 1400 de 1970; empero, la nueva norma procesal implementó una herramienta novedosa y transversal en materia

de medidas cautelares dentro de los procesos declarativos civiles, materializada en la posibilidad de solicitar y decretar medidas cautelares innominadas, entendidas como aquellas que si bien la norma no indica de manera taxativa, sí permite en pro de defender intereses específicos y salvaguardar el derecho en litigio.

Las finalidades específicas para las cuales fueron instituidas las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso, esto es proteger el derecho en litigio, impedir su infracción, evitar las consecuencias derivadas de la mismas, prevenir daños, hacer cesar los daños causados, o asegurar la efectividad de la protección; exige que para su decreto, el Juez analice requisitos exhaustivos que la pretensión cautelar de la parte solicitante debe cumplir y a su vez demostrar, a efectos de que las medidas pretendidas sean decretadas, análisis que valga mencionar es mucho más riguroso que el exigido al juez para el decreto de medidas cautelares nominadas, lo que en parte se justifica por la indeterminación inmersa dentro de las cautelas innominadas, pues bajo este concepto puede pretenderse cualquier tipo de medida que el juez o la parte considere necesaria para proteger su derecho.

Conforme a la jurisprudencia sentada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, las medidas cautelares nominadas consagradas por el Estatuto Procesal para los procesos declarativos, no pueden ser solicitadas bajo la tutela de las medidas cautelares innominadas, por ende, estas cautelas no pueden decretarse fuera de los eventos que la norma describe (literales a y b del artículo 590 C.G.P.).

Pese a la postura sentada por la Corte Suprema de Justicia, no puede perderse de vista que las medidas cautelares, independientemente de su denominación como nominadas e innominadas, fungen un papel esencial para la tutela judicial de los derechos de los administrados y sus garantías fundamentales dentro de un proceso judicial, es por esto que, a la hora de decretar tales cautelas, resulta preciso, más allá de la postura sentada por la alta Corte, apreciar la finalidad última que las mismas persiguen, por lo que en pro de cumplir tal finalidad, la denominación o taxatividad de ciertas medidas cautelares en ciertos procesos declarativos, no puede constituirse en un obstáculo, de cara a la protección y aseguramiento de los derechos de las partes procesales.

En materia de medidas cautelares dentro de los procesos declarativos civiles, la radicación de la legitimación por activa de la pretensión cautelar en cabeza de las partes, arroja ciertos interrogantes, que si bien no se muestran evidentes de cara a las medidas nominadas, pues la norma es clara al determinar que proceden solo a solicitud del demandante; la legitimación de una pretensión cautelar innominada plantea interesantes cuestiones, ya que de la lectura de la norma, y del análisis conjunto de las finalidades para las cuales fueron instituidas dichas cautelas, es posible afirmar que las mismas pueden ser solicitadas por cualquiera de las partes dentro de un proceso judicial, esto es, bien sea por el demandante o por el demandado.

Si bien, es atípico que dentro de un proceso judicial sea el demandado quien solicite una medida cautelar, dicha posibilidad resulta jurídicamente factible y se hace viable gracias a la consagración de las medidas cautelares innominadas en nuestra legislación procesal, pues se debe tener en cuenta que dentro de todo proceso judicial, es imperativo proteger los intereses, derechos y prerrogativas de las partes, sin distinguir la calidad en la que actúan, lo anterior, con el fin de garantizar sus derechos fundamentales, el acceso a la administración de justicia y un debido proceso. Así, y considerando que, los intereses y derechos de la parte pasiva de la Litis también se ventilan en el curso del trámite procesal y se dirimen en sentencia, requieren también de una protección concreta y seguridad en su materialización.

Si bien, se plantea la tesis de que la legitimación por activa para impetrar pretensiones cautelares está radicada en ambas partes del proceso, entendiendo que el demandante puede solicitar exclusivamente cautelas nominadas e innominadas, mientras que la pretensión cautelar del demandado se circunscribe a las cautelas innominadas; este último solo tendrá dicha posibilidad cuando en el proceso sus derechos se vean amenazados, o cuando se le permita, con la presentación de excepciones de mérito, solicitar pretensiones frente a las que el juez de conocimiento deba pronunciarse y dirimir en sentencia, y conlleven el reconocimiento de prerrogativas económicas a su favor, o de contera, la imposición de diversas obligaciones en cabeza de su contraparte que requieren a la postre seguridad y garantía en su ejecución.

Las medidas cautelares consagradas en el Código General del Proceso para los procesos declarativos civiles en Colombia, conforme a la interpretación que la Corte Constitucional colombiana y la doctrina especializada han otorgado a las mismas, se constituyen en verdaderos mecanismos de protección y tutela de derechos para los administrados, mismas que hacen parte del debido proceso y la tutela judicial efectiva como derechos fundamentales. Mecanismo de protección que cobija a cualquiera de las partes en litigio bien sea como activa o pasiva.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. 2a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Calamandrei, P. (1984). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Recuperado de <http://www.venezuelaprosesal.net/Calamandreimeditas.pdf>
- Colmenares, C. A. (2018). *Las Medidas Cautelares y la Posesión Material en el Código General del Proceso*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Congreso de Colombia (15 de enero de 1996) Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal [Ley 256 de 1996]. DO: 42.692
- Congreso de Colombia (12 de julio de 2012) Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489
- Congreso de Colombia (12 de julio de 2012) Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. [Ley 1563 de 2012]. DO: 48.489
- Congreso de Colombia (5 de agosto de 1998) Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. [Ley 472 de 1998]. DO: 43.357
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (24 de febrero de 2016) Sentencia C-086 [MP Jorge Palacio Palacio].

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (25 de mayo de 2017) Sentencia C-352 [MP Alejandro Linares Cantillo, Bogotá].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (8 de noviembre de 2019) Sentencia STC15244 [MP Luis Tolosa Villabona].
- Forero Silva, J. (2020). *Medidas Cautelares en el Código General del Proceso*. 3a ed. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- León, M. A. (2018). Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012. Comentado. Vol. II* (pp. 304-314). Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Marioni, L. G. (2013). La Evolución de la Técnica Anticipatoria y de la Tutela Preventiva en Brasil. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal - Memorias* (pp. 977-993). Medellín: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Parra Quijano, J. (2013). Las Medidas Cautelares Innominadas en el Código General del Proceso. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal - Memorias* (pp. 301-318). Medellín: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Presidencia de Colombia (6 de agosto de 1970) Código de Procedimiento Civil [Decreto 1400 de 1970]. DO: 33.150
- Riascos, L. O. (2017). Características relevantes de la suspensión del acto administrativo como medida cautelar en el C.P.A. y C.A. *Revista Científica CODEX*, 3 (4), 119-147.
- Sandoval, J. F. (2020). Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y su capacidad de afectación a los consumidores. *Vni-versitas*, 69, 1-17. Recuperado de <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.mcip>