

DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS UN ESTUDIO SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD COMO LÍMITES A LA POTESTAD CAUTELAR DEL JUEZ.

RESUMEN

La investigación hará un estudio de las medidas cautelares innominadas en Colombia, específicamente sobre el principio de proporcionalidad y razonabilidad como límites a la potestad cautelar del Juez. Es decir, se analizará si estos factores condicionantes son suficientes y necesarios para limitar el ejercicio de la potestad general sin que se incurra en un abuso del derecho.

PALABRAS CLAVES: medida cautelar, medida cautelar innominada, proporcionalidad, razonabilidad, abuso del derecho, ponderación, inminencia de la amenaza, apariencia del buen derecho, efectividad, necesidad.

ABSTRACT

Research will make a study of the innominate cautious measures in Colombia, specifically the principle of proportionality and reasonableness as prudential limits on the power of the judge. That is, it will analyze whether these determinants are sufficient and necessary to limit the exercise of the general power without incurring an abuse of law.

KEY WORDS: cautious measures, innominate cautious measures, proportionality, reasonableness, abuse of rights, weighting imminent threat appearance of good law, effectiveness, necessity.

¹ Candidata al título de abogada de la Universidad Católica de Colombia (Bogotá, Colombia.) Abogada practicante en la firma Linares & Betancourt Abogados (Bogotá Colombia.).

INTRODUCCIÓN- I. DEL RÉGIMEN CAUTELAR EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL COLOMBIANO II. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS CIVILES III. DE LOS LÍMITES A LA POTESTAD INNOMINADA Y DEL ABUSO DEL DERECHO. -CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

A partir de un análisis de las medidas cautelares innominadas en Colombia, se pretende abordar si el principio de proporcionalidad, razonabilidad y apariencia del buen derecho resultan ser suficientes como límites a la potestad cautelar, o si por el contrario, esta institución pugna por robustecer los poderes del Juez en detrimento de las partes. Se analizarán los aspectos generales de las medidas cautelares, su naturaleza y finalidad como instrumentos útiles para que la decisión judicial pueda hacerse efectiva, se estudiarán los presupuestos generales y específicos de las cautelas y se examinará someramente a cerca de su materialización y de la necesidad de garantizar el pago de los perjuicios que se puedan causar por el uso inadecuado de éstas.

Posteriormente, la investigación se centrará en el estudio de las medidas cautelares en los procesos declarativos civiles, principalmente en lo que tiene que ver con las medidas cautelares innominadas y en este estadio se analizarán aspectos tales como su naturaleza, los requisitos generales para ser decretadas y los supuestos que debe tener en cuenta el Juez para la procedencia de dichas medidas. En lo que atañe a los cambios que trae el Código General del Proceso en tema de cautelas y principalmente lo atinente al literal c del artículo 590 de este estatuto procesal, que aunque novedoso para el procedimiento civil, principalmente en lo que tiene que ver con los procesos declarativos, se verá que de antaño en nuestro ordenamiento ya se encontraban circunscritas en otros eventos las medidas cautelares atípicas, las cuales se podría catalogar como un instrumento plausible debido a las apremiantes necesidades de justicia de nuestra sociedad con el cual se busca asegurar efectivamente a las partes de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

Finalmente la investigación dará cuenta que aunque los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de apariencia del buen derecho, así como los demás postulados del artículo 590 del Código General del Proceso no resultan ser del todo suficientes para garantizar el ejercicio del derecho de las partes, pues, en la medida en que las cautelas innominadas se tomen como regla general es muy probable que se desborde el poder discrecional de los jueces.



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

I. DEL RÉGIMEN CAUTELAR EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL COLOMBIANO

Aunque no existe uniformidad de criterios en cuanto al concepto de medida cautelar, y los distintos doctrinantes le han atribuido numerosas denominaciones tales como, petición cautelar, acciones asegurativas, medidas precautorias, acciones cautelares, proceso cautelar, entre otros, El artículo 2417 del Código Civil dispone que “*no se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia (...)*” lo citado sirve de base para explicar que el Juez puede ordenar que se afecte un bien del deudor a fin de que sirva de garantía y se pueda dar cumplimiento a la obligación. Se puede destacar entonces, que las medidas cautelares son el acto por medio del cual se pretende asegurar el cumplimiento de un proceso principal, esto es, se busca garantizar por medio de una decisión judicial la efectividad del derecho reclamado, a fin de que el eventual fallo no se haga ilusorio. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. De ahí, que las cautelas tengan un amplio sustento en nuestra Carta Política, pues se encuentran enmarcadas dentro de los principios de eficacia de la administración de justicia, de prevalencia del derecho sustancial y de igualdad procesal.

En cuanto a la naturaleza y la finalidad de las medidas cautelares, hay que decir que las medidas cautelares son un acto de aseguramiento, de ahí su carácter instrumental, por cuanto buscan asegurar el cumplimiento de la obligación demandada, o anticipar el cumplimiento mismo de la sentencia, es decir, las medidas cautelares buscan la efectividad del derecho sustancial. Para la Corte Constitucional, la naturaleza de la medida cautelar hace referencia a que las cautelas son un instrumento jurídico que tienen por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelanta y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado; de ahí que la finalidad de las cautelas sea múltiple, en el sentido que no sólo buscan asegurar un derecho reclamado, sino también proteger a una persona o prevenir un efecto, o contingencia que pueda sobrevenir, de tal forma que se asegure la efectividad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, se impida que sean sustraídos los bienes del patrimonio del deudor y resulten nugatorios los efectos del fallo.

Ahora bien, las características propias de toda medida cautelar son:

- a. **Son actuaciones propias de un proceso.** Esto es se producen únicamente por la rama jurisdiccional, aunque lo anterior no implica que otras autoridades investidas con dicha facultad no puedan decretarlas por ejemplo una autoridad de orden policivo en ciertos casos de oposición de sellos en sucesiones.
- b. **Son instrumentales.** Esto es, son accesorias, dependen de un proceso principal al cual acceden. Por sí mismas no tienen razón de ser aunque pueden practicarse antes del proceso que se pretende promover.
- c. **Son provisionales.** Significa que subsisten solo mientras duran las circunstancias que las generaron, esto es, no son definitivas o permanentes. Aunque hay casos específicamente señalados en la Ley en que la medida cautelar continúa vigente pese a haberse terminado el proceso que le dio origen, ejemplo de esto ocurre en los procesos de restitución de inmueble arrendado, dentro del cual el embargo y secuestro de los bienes del demandado procede para garantizar el pago de los cánones de arrendamiento, de tal forma que las medidas cautelares subsisten hasta la ejecución de las sumas pretendidas o las condenas que por concepto de indemnizaciones se pretendan, siempre y cuando se den los presupuestos del artículo 35 de la Ley 820 de 2003.
- d. **Son taxativas (numerus clausus).** Sólo proceden en los casos expresamente señalados por el legislador. La codificación se encarga no solo de tipificarlas sino de señalar su procedencia en determinados procesos. Característica que también se predica respecto de las medidas cautelares innominadas pues como se verá más adelante, para que sean decretadas deben estar previamente contempladas en la norma.

Las medidas cautelares, según clasificación citada por el profesor Hernán Fabio López Blanco, en su libro Derecho Procesal Civil Colombiano, establece que las cautelas se pueden clasificar en:

Reales: Es decir son aquellas que recaen sobre los bienes objeto del proceso, como cuando se discute la titularidad del derecho de dominio de un inmueble y se registra la demanda.

En esta clasificación se encuentran:

- a. El registro o inscripción de la demanda
- b. El embargo
- c. El secuestro
- d. La guarda y aposición de sellos

Personales: Se refieren a las personas que son parte dentro de un proceso o que están vinculadas al mismo, como sería el caso de autorizar la residencia separada del cónyuge demandante en un proceso de divorcio.

En esta clasificación se encuentran:

- a. Alimentos provisionales
- b. Las de cuidado y protección del cónyuge menor en casa de sus padres o sus parientes
- c. Cuidado y protección de los hijos en manos de cualquiera de los cónyuges o de un tercero
- d. Reglamentación de visitas
- e. Medidas sobre los interdictos provisionales entre otras.

Probatorias: son las que se practican antes de un proceso, esto es las que hacen referencia a la práctica de pruebas anticipadas o extraprocesales en los diferentes procesos que según la Ley se permiten.

En esta clasificación se encuentran las relacionadas con violaciones a la propiedad intelectual y competencia desleal (art.589CGP).

Ahora bien, os presupuestos generales para el decreto de cualquier medida cautelar o los requisitos generales para el otorgamiento de las medidas cautelares son los siguientes: 1) la naturaleza de la pretensión 2) la oportunidad para decretarla 3) el tipo de medida y 4) la exigencia de la caución.

- **La naturaleza de la pretensión.** Para determinar si las medidas cautelares son o no procedentes se debe determinar la taxatividad de las mismas en la norma, es decir, que si identificada la pretensión invocada en la demanda no existe norma que autorice medidas cautelares, estas no serán procedentes.
- **Oportunidad para decretarla.** Verificada la admisibilidad de la cautela debe verificarse el momento en que se puede solicitar. En ocasiones la medida cautelar se puede solicitar antes de dar inicio al proceso, como acontece

con la guarda y aposición de sellos en los procesos de familia o el embargo y secuestro de los bienes en los procesos de sucesión. En otras ocasiones se solicita la cautela desde el mismo momento en que se presenta la demanda, como sucede en los procesos ejecutivos y en otras sólo se puede solicitar la medida cuando se haya dictado sentencia de primera instancia siempre que ésta haya sido favorable al demandante como lo disponen los segundos incisos de los literales a y b del numeral primero del artículo 590 del CGP.

- **Tipo de medida.** Revisados los anteriores presupuestos, debe entonces precisarse cuál medida es la que procede, si es el embargo, el secuestro, o la inscripción de la demanda, o la combinación de algunas de las anteriores, esto cuando se trata de las medidas expresamente consignadas en la Ley, aunque también como se explicará proceden las medidas cautelares innominadas siempre que el precepto legal lo autorice.
- **Exigencia de la caución.** Después de admitida la cautela la Ley señala expresamente cuando deberá prestarse caución, el monto y la oportunidad para constituir la (art. 603CGP) a fin de garantizar el pago de la reparación a título de indemnización por el eventual daño que se llegare a generar al actual o futuro demandado con el decreto de las medidas cautelares.

Al respecto, el Código Civil define en el artículo 54 la caución como “*cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena*”. Es decir, la caución tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación o de la sentencia, así como también busca asegurar el resarcimiento de los posibles perjuicios que se llegaren a causar a quien va a ser afectado por la medida cautelar.

En distintos pronunciamientos la Corte Constitucional ha definido la caución como:

“Una obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Su finalidad, como medida cautelar, consiste en garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los sujetos procesales durante el proceso, así como garantizar el pago de los perjuicios que sus actuaciones procesales pudieran generar a la parte contra la cual se dirigen. Así entonces, mediante el compromiso personal o económico que se deriva de la suscripción de una caución, el individuo involucrado en un procedimiento determinado (1) manifiesta su voluntad de cumplir con los deberes impuestos en el trámite de las diligencias y, además (2) garantiza el pago de los perjuicios que algunas de sus actuaciones procesales pudieran ocasionar a la contraparte. Las cauciones operan entonces como mecanismo de seguridad e indemnización dentro del proceso”.

El Código General del Proceso regula esta figura de los artículos 603 en adelante y desarrolla las clases de garantías que ordena prestar la ley o ese código, su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale.

Dentro de las clases de cauciones se pueden encontrar:

- **La caución en dinero.** Es la preferida por la Ley, dada la facilidad para hacerla efectiva, se constituye consignando su importe en la cuenta de depósitos judiciales. Esta caución puede reemplazar a otra ya constituida.
- **La caución real.** Es la que constituye el propio cautelante o un tercero, gravando o afectando un bien determinado al pago de eventual acreencia del cautelado. Puede ser de dos clases prendaria e hipotecaria y se encuentran reguladas en los numerales 1º y 2º del artículo 604 del C.G.P.
- **La caución bancaria o de instituciones de crédito.** Es la garantía que se otorga para responder por una cuantía determinada, por el pago de eventuales perjuicios que se originen por parte de quien prestó la caución, esto es la sociedad bancaria o la institución de crédito.
- **La caución en póliza judicial.** También conocida como póliza judicial, es una modalidad de seguro de fianza, en virtud de la cual la aseguradora expide una póliza donde se compromete a pagar hasta el valor asegurado, esto es los perjuicios que eventualmente se puedan presentar como riesgo asegurado.

Para la exigencia de la caución la Ley señala expresamente cuales son los casos en que deberá prestarse caución, cuál debe ser el monto y la oportunidad para constituir dicha caución. Así como también señala cuando no debe ser otorgada como ocurre en los procesos de divorcio, o en procesos de alimentos, o en aquellos procesos en los que la cautela procede por ministerio de la Ley como en los procesos de pertenencia, divisorios, o de expropiación, en donde la inscripción de la demanda como medida cautelar corresponde a la estructura del proceso y son actos que pertenecen al trámite mismo y sin el cual el proceso no se podría desarrollar, de ahí que no se requiera prestar caución para su decreto, a menos que el demandado o el tercero afectado con la cautela lo exija y solicite al Juez que comine al demandante para que preste caución para garantizar los posibles

perjuicios que se llegaren a ocasionar con la medida, como sucede en los procesos ejecutivos (art. 599 CGP).

Exigida la caución, el Juez siguiendo los parámetros de la Ley (art. 603CGP) deberá indicar la clase de caución que se requiere, la cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la Ley no lo señale. Posteriormente, prestada la caución el Juez calificará su suficiencia y aceptará o rechazará y tendrá por no constituida. Las cauciones serán canceladas una vez se extinga el riesgo que amparan, o se cumpla la obligación.

Sin embargo, y a fin de garantizar los derechos del demandado, la ley expresamente dispone en qué eventos puede la parte que soportará la medida cautelar impedir que ella se practique o solicitar su levantamiento o modificación, ofreciendo caución, para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla.

En el caso de los procesos declarativos, se faculta al demandado para prestar caución (Contracaución) a fin de impedir o levantar las medidas cautelares tanto de embargo, como de secuestro e inscripción de la demanda, de igual forma podrá el demandado ofrecer otros bienes para que sean cautelados, pero que ofrezcan suficiente seguridad a fin de sustituir el que es objeto de la medida cautelar.

II. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS CIVILES

El Código General del Proceso regula todo lo concerniente a la solicitud, decreto, practica y modificación de las medidas cautelares en los procesos declarativos a partir del artículo 590 y dispone que para este tipo de procesos el Juez podrá decretar las siguientes medidas:

- a. *Del embargo.*** Es por excelencia la forma más utilizada para la satisfacción de las condenas de índole pecuniario. Es una medida cautelar en virtud de la cual el Juez pone fuera del comercio determinados bienes, que quedan afectos al proceso donde se decreta, de tal forma y a la luz del artículo 1521 del Código Civil existe objeto ilícito en la enajenación de las cosas que se encuentran embargadas o no están fuera del comercio.

Ortiz Ortiz, la define como: “*una medida preventiva de carácter cautelar que, a solicitud de parte y en el curso de un proceso, puede decretar el Juez previa comprobación de los requisitos de Ley, sobre bienes muebles propiedad de aquel contra quien se dirija, y los cuales quedarán afectos a responder del contenido dispositivo sentencial de condena expresado en la definitiva.*” Al respecto, los artículos 593 y 594 del Código General del Proceso regulan lo concerniente al embargo, la forma como se lleva a cabo y los bienes sobre los que recae la medida.

- b. Del secuestro.** El secuestro se encuentra definido en el artículo 2273 del Código Civil como “*el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor*”, y en definición del maestro Devis Echandía el secuestro consiste en “*la entrega que de una cosa o conjunto de bienes se hace a una persona para que los tenga en depósito y en ocasiones como administrador, a nombre y órdenes de la misma autoridad, para ser entregada cuando y a quien este disponga.*” A diferencia del embargo, el secuestro como medida cautelar no saca los bienes del comercio, pues el primero, es el único que tiene tal consecuencia por disposición legal, por lo tanto, si el secuestro no esté precedido de una medida de embargo, es decir, si se decreta sólo el secuestro la medida busca asegurar el juicio, pero no coloca los bienes fuera del comercio, aunque si restringe su comerciabilidad. No ocurre lo mismo, cuando el secuestro busca perfeccionar la medida cautelar de embargo, en este caso los bienes dejan de estar disponibles en el comercio, pues el secuestro como medida que perfecciona el embargo tiene tal poder jurídico

El secuestro se encuentra regulado en los artículos 595 y 596 del Código General del Proceso. Sin embargo hay que precisar, que el literal b del artículo 590 del Código General del Proceso, prevé las medidas cautelares de embargo y secuestro, para los procesos declarativos, proceden siempre y cuando la sentencia de primera instancia haya sido favorable al demandante.

- c. De la inscripción de la demanda.** Se encuentra prevista en los artículos 591 y 592 del Código General del Proceso, que busca asegurar, que aquellos bienes sometidos a registro, queden vinculados al proceso sin que salgan del comercio, en los casos taxativamente dispuestos por la Ley. Para la inscripción de la demanda dispone el CGP que se remitirá comunicación a la autoridad competente de llevar el registro haciéndole saber quiénes son las partes en el proceso, el objeto de éste, el nombre, nomenclatura, situación de dichos bienes y el folio de matrícula o datos del registro si aquella no existiere. De igual forma menciona, que el registrador deberá abstenerse de inscribir la demanda si el bien no pertenece al demandado.

d. De la medida cautelar genérica o innominada.

El literal c del artículo 590 del Código General del Proceso introduce como nuevas medidas cautelares las denominadas genéricas o innominadas que son aplicables para todo proceso declarativo, dotando al Juez de un mayor poder cautelar, al permitirle decretar una medida compatible con las pretensiones de la demanda, de tal forma que se pueda asegurar el resultado del proceso y la ejecución de la sentencia que reconoce dichas declaraciones.

Así pues, y según han sido definidas por la doctrina las medidas cautelares innominadas son aquellas que aunque autorizadas por el legislador, no aparecen en forma taxativa en el ordenamiento, a diferencia de las nominadas, pero facultan al Juez para que las decrete según su prudente juicio, y acorde al caso en concreto, una medida que resulte compatible con la pretensión invocada, a fin de que esta pueda ser materializada en caso de resultar ser la sentencia favorable al demandante.

Estas medidas cautelares están previstas para los procesos declarativos y se encuentran reguladas en el artículo 590 del Código General del Proceso que en uno de sus apartes dispone:

“Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares: (...)

c. Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”.

De los incisos transcritos se puede destacar entonces que la Ley faculta al Juez para que decrete la medida cautelar más adecuada y que a su criterio encuentre

razonable y equilibrada conforme a los presupuestos de apariencia de buen derecho, necesidad y proporcionalidad necesarios para el decreto de la medida, así entonces deberá tener en cuenta las siguientes directrices:

- **Legitimación de las partes.** Debe entrar a examinar si la persona que reclama la pretensión es en efecto el titular del derecho subjetivo que se invoca en la demanda, pues no es suficiente que exista el derecho sino que quien lo reclama sea en realidad a quien le corresponde. Asimismo debe analizar si la persona contra quien se dirige la pretensión es quien está llamada a responder.
- **Interés para actuar.** La causa petendi solicitada en la demanda y pretendida por la parte actora debe ser seria, ostensible, no basta la simple eventualidad o especulación, se debe entrever de los hechos alegados la amenaza o vulneración del derecho.
- **La necesidad de adoptar la medida y la efectividad con que se decreta.** Resulta ser indispensable que se conceda la medida para el cumplimiento de la sentencia por existir un riesgo o una posible vulneración del derecho. Debe entonces el Juez decretar una medida que se ajuste a lo pretendido y evite la transgresión del derecho amenazado.
- **La proporcionalidad de la medida.** Su admisión debe ser especial y adecuadamente ponderada, pues se puede perjudicar seriamente a quien va a ser afectado con la medida y hasta ahora no ha sido condenado en el proceso, pero también debe servir para garantizar la materialización del derecho pretendido.
- **Su alcance y duración.** Debe tratarse de una medida que garantice la efectividad del derecho pretendido y a su vez permanezca mientras se encuentre afectado el derecho que se pretende materializar, esto es, el Juez debe determinar la vigencia de la medida cautelar hasta un momento determinado del proceso. Al respecto el doctor Edgardo Villamil Portilla propone el siguiente ejemplo:

“si en un proceso reivindicatorio el propietario demandante reclama como medida cautelar atípica, que se imponga al demandado la prohibición de arrendar el inmueble objeto de la reivindicación, podría el Juez decretar esa medida y ponerle término hasta la sentencia de primera instancia, momento en el cual si el reivindicador triunfa podría reclamar el secuestro, y si la sentencia es adversa al reivindicador quedaría levantada ipso facto la prohibición de arrendar”.

De lo que acaba de considerarse, surge que el Juez no puede decretar de oficio la medida cautelar genérica, pues por regla general las medidas cautelares son de carácter dispositivo, esto es debe mediar solicitud de parte; pero una vez solicitada la medida cautelar, y habiéndose estudiado los supuestos y la procedencia de la cautela, el Juez sí puede de oficio como lo señala el inciso tercero del literal c de la norma citada, precisar el alcance de la medida, determinar su duración y si no está de acuerdo con la solicitada puede modificarla, sustituirla por otra menos gravosa o diferente a la pedida o hacer cesar la ya decretada. Ahora bien, debe entenderse entonces, y así lo ha interpretado la doctrina, que el poder oficioso que tiene el Juez de sustituir una cautela por iniciativa judicial sólo opera respecto de la medida innominada, es decir, no le es dable al operador judicial modificar o sustituir una medida nominada como el embargo o la inscripción de la demanda por una medida innominada, pues dicha facultad sólo opera frente a las cautelas genéricas.

En esta medida, la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos² han establecido requisitos que deben ser cumplidos además de los citados para que se pueda decretar una medidas cautelar tales como: a) El *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho b) El *periculum in mora*, es decir, que haya un peligro grave en la demora del proceso y c) La *suspectio debitoris* o sospecha del deudor.

➤ ***Fumus bonis iuris*. –humo de buen derecho- o apariencia de buen derecho**

Esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia, la necesaria evidencia de que la pretensión principal aducida en el proceso, tiene la posibilidad verosímil o creíble de resultar suficiente para lograr la convicción del decisor judicial; de tal forma que pueda ser declarada positivamente en el fallo que resuelva sobre dichas pretensiones de fondo.

Como bien lo señala Flórez Gacharná, el decreto de las medidas cautelares no debe hacerse ante la mera solicitud del demandante; es necesario que el derecho alegado ofrezca indicios de probabilidad, esto es, que el demandante ha iniciado el proceso con “seriedad”, que existe cuando menos una “apariencia de buen derecho”

➤ ***Periculum in mora*.**

Se entiende como el peligro grave derivado de la duración del proceso. Según Jorge Antonio Plasencia Cruz éste se encuentra referido al daño que se produciría

² Ejemplo. (Art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme fue reformada por la Ley 34 de 6 de agosto de 1984. Véase Ramos, Francisco, Derecho Procesal Civil, Librería Bosch, Barcelona, 1986, Tomo II)

o agravaría, como consecuencia del transcurso del tiempo, si la medida no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia estimatoria que eventualmente se emita.

➤ **Suspectio debitoris.**

Esto es la sospecha que se tiene del deudor. Al respecto el artículo 2.374 del Código Civil dispone: “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 bienes.” Según explica el doctor Edgardo Villamil Portilla, en el Código Civil, se puede ver como el legislador prevé y desarrolla el principio denominado *suspectio debitoris*, como premisa justificativa para que el acreedor pueda solicitar la afectación de los bienes del deudor, de ahí que sea indispensable demostrarle al juez además de la apariencia o de la verosimilitud del derecho, sino también hacerle ver que es necesario que lo haga porque puede que existan circunstancias del demandado, que puedan dar pie para que se sustraiga de cumplir voluntariamente la obligación una vez que se profiera el fallo en su contra. Por lo que en definitiva, será el Juez quien al valorar la suficiencia del material probatorio aportado determine entonces la procedencia de la cautela, sobre la existencia cierta de la presunción del buen derecho aludido y del peligro en la demora, de acuerdo a las circunstancias fácticas y al uso de la potestad discrecional que la ley le confiere.

Al respecto, Hernán Fabio López Blanco opina que basta que la ley consagre la medida cautelar para que el Juez quede exonerado de analizar el *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*, pues se supone que el legislador acepta estos presupuestos al permitir la medida, aún cuando esto no significa que el Juez deba prescindir de conocer el alcance de estos conceptos que pueden prestar enorme utilidad en tratándose de fijación de las contracautelas o cauciones.

Ahora bien, aunque pareciera ser un tema “novedoso”, de vieja data en nuestro ordenamiento jurídico ya estaban, y aún se encuentran previstas, las medidas cautelares innominadas, antes de la expedición del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), es el caso de las medidas de protección que adopta el Juez en los procesos de familia frente a violencia intrafamiliar, igualmente, ocurre en el caso de las medidas provisionales adoptadas en los procesos de competencia desleal, en las acciones constitucionales de tutela y acciones populares, así como en los procesos de propiedad industrial como se verá a continuación.

- a. **Procesos de familia.** En los procesos de familia hay medidas cautelares de carácter patrimonial y otras que son de contenido personal, las medidas cautelares de carácter patrimonial como el embargo y el secuestro de bienes; las cautelas personales como las relativas a los alimentos provisionales, y las de cuidado y protección del cónyuge menor en casa de sus padres o sus parientes, entre otras;

también está prevista la posibilidad de que en esta clase de asuntos se solicite el decreto y práctica de la medida cautelar genérica y aquí a diferencia de los procesos declarativos civiles, cuando se trata de las medidas cautelares de carácter personal no patrimonial, el Juez si puede de oficio decretar cualquier medida cautelar que en su concepto sea idónea, adecuada, y eficaz para tutelar de mejor manera el derecho de los intervinientes en el proceso, siempre y cuando esa medida cautelar sea de carácter personal, pues no se extienden sus efectos a las medidas cautelares de carácter patrimonial.

Como se mencionó anteriormente, dentro de los procesos de familia hay medidas cautelares innominadas que ya se encontraban previstas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012 que expidió el Código General del Proceso, ejemplos de lo dicho lo encontramos en el artículo 5 de la Ley 294 de 1996 (modificada por la Ley 1257 de 2008) relativa a la violencia intrafamiliar que dispone: "*Artículo 4°. Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico o daño a su integridad sexual, 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 este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente*". (Subrayadas fuera del texto).

Otro caso en el que la cautela es genérica, y más que oficiosa es un deber del Juez, se ve plasmado en el código de infancia y adolescencia que en el artículo 121 dispone: "*Los asuntos a que se refiere esta ley se iniciarán a instancia del Defensor de Familia, del representante legal del niño, niña o adolescente, o de la persona que lo tenga bajo su cuidado. El juez podrá iniciarlos también de oficio. Al momento de iniciar el proceso el juez deberá adoptar las medidas de urgencia que la situación amerite para proteger los derechos del niño, niña o adolescente*". (Subrayadas fuera del texto). Lo anterior muestra de cómo la cautela en estos eventos no sólo es atípica innominada, sino también oficiosa.

b. Competencia desleal. El artículo 31 de la Ley 256 de 1996 por la cual se dictan normas sobre competencia desleal dispone: "*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*". (Subrayadas fuera del texto).

c. Acción de tutela. En las acciones de tutela el Juez puede decretar medidas cautelares para proteger los derechos del tutelante, así el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 prevé "*Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez*

expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el Juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado". (Subrayadas fuera del texto). El Juez de tutela entonces podrá adoptar la medida provisional que considere pertinente para proteger el derecho, cuando expresamente lo considere necesario y urgente. Esta es una decisión discrecional que debe ser "razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada"

- d. **Acciones populares.** Frente a este tipo de acción constitucional la Ley 472 de 1998 que regula el ejercicio de las acciones populares en el 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". (Subrayadas fuera del texto). Entonces ya estaban previstas también este tipo de cautelas para esta clase de acciones.
- e. **Propiedad industrial.** La decisión 486 de 2000 sobre Régimen Común de Propiedad Industrial en su artículo 246 prevé: "Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: (...)". De tal forma que de antaño ya estaba previsto el decreto y la práctica de medidas cautelares innominadas también dentro de este tipo de disposiciones.

III. DE LOS LÍMITES A LA POTESTAD INNOMINADA Y DEL ABUSO DEL DERECHO

De la cautela innominada, ¿un instrumento plausible del ordenamiento jurídico, o un desbordante poder discrecional del Juez?

Con la inclusión del artículo 590 del Código General del Proceso, el legislador le confirió poderes importantes al Juez en lo que atañe al tratamiento de las medidas cautelares, así pues, y como se expuso en líneas anteriores, se amplió su margen de discrecionalidad para decidir sobre esas medidas.

Cabe recordar, que la facultad oficiosa del Juez se circunscribe únicamente a que él goza de la discrecionalidad de hacer cesar la medida cautelar cuando lo estime conveniente, de modificarla o de eventualmente sustituirla, más no goza de la facultad de decretarla de oficio, pues como se dijo, por regla general la cautela es eminentemente rogada y procede a solicitud de parte.

Sin embargo, frente a esta potestad cautelar se podría llegar a pensar que el Juez al estudiar sobre el decreto de una medida cautelar innominada, la niegue con el argumento de que no hay proporcionalidad, o que tal vez no hay apariencia de buen derecho, o simplemente considera que no es necesaria, pues no es menos cierto que el juicio de valor que califica la verosimilitud del derecho invocado y los demás presupuestos que justifican la adopción de dicha medida, son eminentemente subjetivos. De ahí, y con apego a la norma, la cautela innominada presupone que el Juez tenga en cuenta para el decreto de la medida cautelar, supuestos tales como los de proporcionalidad y razonabilidad de la medida; pues lo que se busca es asegurar un acceso efectivo e igual a todas las personas a la justicia. Proporcionalidad y razonabilidad en el sentido en que la medida debe resultar ser adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional, y así ha sido definido por la Corte, pues las medidas cautelares no pueden, en ningún caso, ser arbitrarias; los jueces, en ejercicio de su función, las deben concretar en cada proceso, de tal manera que aún en las hipótesis en que su atribución para decidir sea amplia, la discrecionalidad jamás puede constituir arbitrariedad.

Ahora bien, aunque la cautela genérica se podría catalogar como un instrumento plausible debido a las apremiantes necesidades de justicia de nuestra sociedad con el fin de buscar asegurar a las partes la efectividad de los derechos sustanciales reconocidos, no debe olvidarse que la taxatividad no se debe a un simple capricho del legislador y que los presupuestos señalados de verisimilitud del derecho, peligro en la demora y necesidad de la medida, se deben a las importantes consecuencias que pueden presentarse con el decreto de la cautela a quien va a ser afectado con la medida y aún no ha sido vencido en juicio. Al

respecto a dicho la Corte “los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio. Existe pues una tensión entre la necesidad de que existan mecanismos cautelares, que aseguren la efectividad de las decisiones judiciales, y el hecho de que esos mecanismos pueden llegar a afectar el debido proceso, en la medida en que se imponen preventivamente, antes de que el demandado sea derrotado en el proceso. Precisamente por esa tensión es que, ... la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medida cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados”. Y así lo explica en la sentencia C835 de 2013 en la que se resuelve sobre la inconstitucionalidad del literal d) del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011³, en el que concluye que aunque las medidas cautelares innominadas no significan arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez para obrar consultando la equidad y la razonabilidad, al servicio de la justicia, los parámetros para su imposición se deben encontrar previamente establecidos en la ley a fin de que el Juez no decrete medidas cautelares antojadizamente y desborde su poder cautelar general. Pero surge entonces un interrogante, ¿resultan suficientes los supuestos límites señalados por el legislador tales como los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida, para evitar un desbordante poder discrecional del Juez?

Del poder cautelar general

Como primera medida es necesario definir lo que en la doctrina se conoce como el poder cautelar general.

CALAMANDREI lo definía como aquel poder “...confiado al Juez fuera de los institutos singulares (...), y en virtud del cual el Juez puede siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso.”

Así mismo REDENTI nos dice que es “la posibilidad de obtener providencias de carácter preventivo – cautelar, dejando en cada caso al Juez, no sólo el valorar las razones de su oportunidad y urgencia, sino también el formar su contenido, como anticipo de lo que podrá después ser el posible o probable contenido de una futura providencia de fondo”

ORTIZ ORTIZ define este poder cautelar como: “Una función otorgada a los órganos jurisdiccionales en el proceso mediante el cual, las partes pueden pedir y

³ Regula medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas.

el Juez acordar, con relación al material fáctico subjudice, las medidas innominadas para evitar una situación de daño o de peligro, o para evitar la continuidad del mismo, pudiendo las partes suplir el silencio de la Ley en cuanto al contenido de la providencia y el Juez evaluar la pertinencia o adecuación de las mismas.

El mismo autor seguidamente dice: “ *el poder jurisdiccional mencionado es “cautelar” por cuanto está destinado fundamentalmente a que no quede ilusoria la ejecución del fallo y a evitar un daño inminente de una de las partes contra la otra; y es “general” en tanto las reglas del CPC se aplican a todos los procesos en los cuales no haya regulación expresa, y además por cuanto no hay una regulación expresa del “contenido de la medida”, dependiendo de su configuración de la discrecionalidad del Juez para apreciar su pertinencia, y la determinación de su finalidad”*

Al respecto, y con relación a la crítica que existe en la doctrina⁴ sobre este poder cautelar Alvarado Velloso dice:

“Creo que el origen de ello está en el artículo 700 del CPC italiano de 1940, respecto de cuyo contenido la crítica doctrinaria fue pacífica en el sentido de que normaba- y norma- acerca de un poder supletorio respecto de las cautelas previstas en la ley.

Y seguidamente explica: “ *y así, sin reparar en la naturaleza obviamente diferente que muestran una verdadera cautela y lo que en los últimos años ha dado en llamarse solución jurisdiccional anticipada so pretexto de una tutela judicial efectiva, han fincado toda anticipación de sentencia en ese preciso poder cautelar genérico”*

Este autor es crítico por cuanto considera que este tipo de cautela no es nada distinto de una clara anticipación de lo que debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito, pues el Juez oye a una sola de las partes, y de su versión unilateral considera que le asiste derecho verosímil y le da la razón sin más, “*interfiriendo sorpresivamente en la esfera de libertad de quien ha de sufrir los efectos de la respectiva decisión*”, por lo que considera, que habiendo el demandante conseguido el resultado pretendido con la medida cautelar, nada le impide y puede ocurrir, que busque dilatar el proceso porque anticipadamente

⁴ “los planteamientos del *garantismo* son minoría y adquieren un matiz crítico de la anterior concepción del derecho procesal, en la medida en que esta corriente afirma que, a su juicio, el activismo resulta inconstitucional como quiera que, en lugar de desarrollar un proceso que cual método de debate pacífico y dialéctico permita el libre enfrentamiento entre dos antagonistas ante un tercero imparcial, pugna por robustecer los poderes del juez (en detrimento de los de las partes), y concibe al proceso como un medio de investigación de la verdad real o material”. Cita de Gabriel Hernández Villareal, Los fines del proceso civil desde la perspectiva del *garantismo* procesal.

obtuvo lo que debía ser resuelto en la sentencia. Lo que colige inmediatamente el autor como *“una grosera violación del inviolable derecho de defensa en juicio.”*

En contraposición a esta crítica, se ha dicho por parte de la doctrina, especialmente por el tratadista Parra Quijano que la cautela genérica encuentra su sustento en el artículo 229 de la Constitución Colombiana que dispone: *“se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia...”* por ende explica el autor, *“se violaría la Constitución si no se establece el derecho a solicitar medidas cautelares innominadas”* y en el artículo 228 ibidem *“la administración de justicia es pública.”*

En estas dos normas, explica el citado tratadista, se encuentra regulada la tutela judicial efectiva, *“cuando se hace referencia a la prevalencia del derecho sustancial. Y ello supone, si se hace referencia al derecho sustancial, a su seguridad. Ello supone en determinados casos “la tutela de los derechos mediante la medida cautelar anticipatoria y a la seguridad de la tutela del derecho material que se encuentra eventualmente amenazado de lesión en el curso del proceso”*

De igual forma, afianza la medida cautelar innominada en apoyo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política en cuanto dice: *“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”*, y el artículo 4 del Código General del Proceso *“el Juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”*

Explica el autor que *“si se profundiza en el concepto de igualdad, con relación a las medidas cautelares innominadas o atípicas, cuando se toma la medida, para evitar el daño marginal que la duración del proceso causa o ayuda a causar, se logra un equilibrio frente a la otra parte.”*

A su vez, Liliana Otero Álvarez quien considera que las medidas innominadas a futuro, deben ser la regla general de todo proceso, ilustra el problema que desata la taxatividad de las cautelas citando a Piero Calamandrei con el siguiente ejemplo:

“En Francia, el propietario de un centro de recreo nocturno encargó a un pintor decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiros y ninfas; el pintor pensó que podía presentar los personajes con las fisionomías fácilmente identificables de literarios y artistas muy reconocidos.

La noche de la inauguración una actriz invitada se reconoció en una ninfa que bailaba en ropas extremadamente ligeras y considerando esta reproducción ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil para que se borrara la figura ultrajante y se resarcieran los daños; además, pidió que ante la demora se ordenara cubrir el trozo de fresco que ella consideraba ofensivo. Desde el punto de vista del derecho italiano de la época de la obra (1935) no habría existido una figura cautelar de las consagradas expresamente en el código que permitiera un efecto como el deseado.”

Así pues, vemos como el Código General del Proceso desarrolla un sesgo ius publicista, en tanto amplía el poder discrecional del Juez; poder que como se estudió, ya de antaño estaba consagrado en distintas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, y es dable, por cuanto el legislador no puede señalar en la Ley un sin número de medidas cautelares, en la medida, en que no puede prever las distintas posibilidades que la realidad presenta, pues como bien lo considera la corriente publicista, hay situaciones que sólo las puede entender y concretar el Juez. Así, entonces, las medidas cautelares nominadas como el embargo y el secuestro, no resultan eficaces y no se ajusten a la realidad de todos los procesos. En ese sentido, la Corte Constitucional ha considerado que en pro a asegurar la efectividad de las decisiones judiciales y los derechos plenamente reconocidos, la tutela cautelar constituya una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no sólo porque garantiza la efectividad de las sentencias, sino porque además contribuye a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que asegura que quien acuda a la administración de justicia, mantenga en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces. Sin embargo, el decreto de la medida cautelar genérica, no deja de ser un juicio de valor subjetivo realizado por el Juez, pues es éste quien en últimas, termina decidiendo cual es la cautela aplicable al caso, debiendo no sólo soportar dicha decisión quien va a ser afectado con la cautela, sino también el peticionario de la medida, quien se mantiene expectante ante la posible decreto, modificación o sustitución de la cautela solicitada.

Alvarado Velloso ha dicho al respecto: *“lo cual convierte a esta actuación en una auténtica “caja de pandora,” que se abrirá a iniciativa del peticionario, pero cuyo “mal” que de allí salga será el resultado de la libre determinación del funcionario.”*

Así las cosas, y para responder a la pregunta anteriormente formulada, los supuestos límites señalados por el legislador, esto es, el principio de racionalidad, proporcionalidad y apariencia de buen derecho, no resultan del todo suficientes, en la medida en que no dejan de ser un juicio de valor subjetivo realizado por el Juez. Empero y no obstante estas observaciones, los ejemplos de cautelares atípicas en nuestro ordenamiento, tales como las medidas preventivas en la acción de tutela y en la acción popular, resultan ser un claro ejemplo de las facultades que le han sido atribuidas al Juez en desarrollo del principio de prevalencia del derecho sustancial, y de la confianza que le ha dado el legislador al operador judicial.

CONCLUSIONES

Después de estudiar el desarrollo de las medidas cautelares en el ordenamiento civil colombiano, la primera conclusión es que las medidas cautelares buscan garantizar la efectividad del derecho reclamado, esto es, proteger y salvaguardar el derecho sustancial de quien acude a la administración de justicia; de ahí que sea plausible, que el legislador, teniendo en cuenta la realidad jurídica que vivimos, haya implementado adicionalmente a las medidas taxativas, las medidas cautelares genéricas a fin de que los eventuales fallos no se hagan ilusorios. De tal forma, que el artículo 590 del Código General del Proceso en pro de cumplir los mandatos constitucionales de eficacia del derecho sustancial y de la administración de justicia, haya dispuesto las medidas cautelares genéricas para los procesos declarativos con el fin de hacer efectivo el derecho material declarado por el Juez, Juez que como se estudió en líneas anteriores debe ser un Juez activista, que bajo los presupuestos señalados por la misma norma, tendrá la facultad de decretar las medidas cautelares innominadas, previa solicitud de la parte demandante, y según como se vaya desarrollando el proceso tiene la facultad discrecional de modificarlas, reducirlas, ampliarlas o levantarlas cuando lo considere necesario.

Sin embargo, y aunque como vemos, la cautela genérica está inspirada en los motivos más loables, hay que decir que los supuestos límites señalados por el legislador, esto es, el principio de racionalidad, proporcionalidad y apariencia de buen derecho, no resultan del todo suficientes para limitar el poder discrecional del Juez, por cuanto como se explicó a lo largo de este trabajo, no dejan de ser un juicio de valor subjetivo realizado por el Juez, por lo que las partes en el proceso están en incertidumbre frente a la decisión del operador judicial, y el hecho de que esta pueda llegar a afectar sus derechos como los administrados, en la medida en que determinar desde una etapa inicial del proceso qué medida cautelar genérica se ajusta a fin de garantizar la efectividad del derecho pretendido, puede llegar a implicar una decisión de fondo que puede convertirse desde el inicio en una sentencia anticipada.

Así las cosas, y como última conclusión puedo decir que las medidas cautelares atípicas no pueden convertirse en la regla general de todo proceso, puesto que a la luz de nuestra Constitución Política, el principio de legalidad, como garantía del debido proceso, fundamenta el principio de taxatividad como una forma de limitar el poder del Estado y por ende del poder cautelar general, de tal forma, que es a través del principio de taxatividad que se puede garantizar la protección de los derechos de los administrados, en la medida en que las actuaciones de la autoridad judicial no van a depender de su propio arbitrio.

BIBLIOGRAFÍA

TÍTULOS Y LIBROS

- Alvarado Adolfo, El procedimiento cautelar y la solución urgente de una pretensión. Escritos sobre diversos temas de derecho procesal.
- Alvarado Adolfo, 2010, Las Cautelas Procesales. Crítica a las medidas precautorias, primera edición, septiembre de 2010.
- Balanta María Patricia, 2013, La infra aplicación de la constitución, una teoría para Colombia en el marco de las medidas cautelares
- Calamandrei, Piero, 1945, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, editorial Bibliográfica Argentina..
- Calamandrei Piero, 1984, *Providencias Cautelares*, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- Camacho Azula, 1999, Manual de procesal civil, tomo IV, Tercera Edición.
- Devis Hernando, 1990, El Proceso Civil, Parte General, Vol. I, Pág. 48
- Ejemplar del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Primera Edición, 2012.
- Ejemplar del XXXIV Congreso de Derecho Procesal, medidas cautelares innominadas, Universidad Libre, Primera Edición, 2013.
- Fabrega Jorge, 1998, medidas cautelares, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Forero Jorge, 2013, Medidas cautelares en el Código General del Proceso, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, II Edición.
- López Hernán Fabio, 1999 Instituciones de derecho procesal civil colombiano, parte especial, tomo II.
- López Hernán Fabio, 2004, Instituciones de derecho procesal civil colombiano, 8ª edición.

- López Hernán Fabio, 2012, Procedimiento Civil, parte general, undécima edición.
- Morales Hernando 1999, Curso de derecho procesal civil, parte general, undécima edición, pág. 699.
- Mosquera Salomón, 2014, Editorial Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2014
- Ortiz Rafael, 1997, El poder cautelar general y las medidas innominadas. Estudio analítico y temático de la jurisprudencia nacional. Caracas, Venezuela,
- Otero Liliana, 2008, medidas cautelares: ¿De la taxatividad al poder cautelar general? Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio, homenaje al doctor Hernando Morales Molina, 2008, Editorial Universidad del Rosario.
- Parra Jairo, 2013, medidas cautelares innominadas. En memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. ICDP, Medellín.
- Ramos, Francisco, 1986, Derecho Procesal Civil, Librería Bosch, Barcelona, Tomo II
- Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Versión No. 59, Director Alberto Baumeister Toledo, Caracas Venezuela, 2004
- Silva Jorge, 2013, Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 Comentado, Memorial del ICDP, Medidas Cautelares.
- Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio, 2008, libro en homenaje al doctor Hernando Morales Molina/coordinador académico, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá.
- Villamil Edgardo, 2012, Artículo “Apuntes acerca de las medidas cautelares en el Código General del Proceso”, XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Primera Edición.
- Villareal Gabriel, 2008, medidas cautelares: El proceso cautelar. Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio, homenaje al doctor Hernando Morales Molina, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá.
- Zopó Ricardo, 2013, Medidas cautelares en el Código General del Proceso, Uniandes.

NORMAS

- Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, paralelo con legislación anterior, ICDP.
- Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 Comentado, Memorial del ICDP.
- Código de Procedimiento Civil Colombiano
- Código Civil Colombiano
- Código de Infancia y Adolescencia Colombiano (Ley 1098 de 2006)
- Decisión 486 de 2000
- Ley 256 de 1996
- Ley 294 de 1996 (modificada por la Ley 1257 de 2008)
- Ley 472 de 1998
- Ley 820 de 2003
- Ley 1493 de 2011

JURISPRUDENCIA

- Auto A207 de 2012 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente. Luis Guillermo Guerrero Pérez
- Sentencia C-835 de 2013 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla
- Sentencia C- 379 de 2004, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra
- Sentencia C490 de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero