



APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN DIVERSOS ESCENARIOS

Lina María Ortegón Suarez¹

Buenos días, les agradezco a todos su puntual asistencia, veo muchas caras de personas que pertenecen al programa, como veo muchas caras nuevas, y me honra que nos estén acompañando hoy en esta jornada que explica, como su nombre lo dice, las nuevas tendencias del Derecho. Doy la bienvenida a la doctora Lourdes García Rodríguez que nos acompaña como invitada internacional, a la doctora Mónica Fernández, organizadora del evento.

Hoy vamos a hablar de la *aplicación práctica de las medidas cautelares innominadas en diversos escenarios*. Para tratar de abarcar este tema vamos a dividirlo en tres momentos: el primero de ellos definir qué es una medida cautelar, cuál es el fundamento constitucional, cuáles son las nociones legales que se tienen, cuál ha sido la postura desde la doctrina; en el segundo momento iniciaremos a hablar de los diferentes tipos

¹ Abogada y Especialista en derecho administrativo de la Universidad Libre de Colombia. Conciliadora en Derecho por la Cámara de Comercio de Bogotá. Actualmente adelanta estudios de Maestría en Derecho en Procesal en la misma Universidad. Posee experiencia en el sector público y privado. Docente del Politécnico Grancolombiano.

de cautelas que existen; finalmente en un tercer escenario abarcaremos diferentes ejemplos prácticos de nuestra vida real en los que podemos evidenciar la aplicación de lo que se denomina una medida cautelar innominal.

Iniciamos entonces con la constitución política: cuando vamos a buscar el fundamento constitucional de las medidas cautelares no encontramos un artículo o una disposición que nos señale la posibilidad de ejercer una cautela, que como su nombre lo dice tiene que ser cuidadosa, con sigilo, con una garantía que garantice como su nombre lo dice mis derechos, en contra de quien ha contraído una obligación. Sin embargo, voy a traer a colación dos frases del maestro Carnelutti, la primera de ella nos dice “Aun cuando todas las reglas sean escrupulosamente respetadas, la obra del legislador nada vale si no corresponde a la justicia” y la segunda frase dice “La experiencia nos enseña que no son útiles ni duraderas las leyes injustas, no son útiles porque no aportan la paz, y no duran porque tarde o temprano en vez de conducir al orden, desembocan en la revolución”.

Para abordar el tema del fundamento constitucional tenemos que remitirnos a las diferentes manera de solucionar los conflictos y encontramos que la *autotutela* -que es la justicia por propia mano- ; la autocomposición que consiste en que las partes se involucran en la resolución de sus conflictos con ayuda de un tercero, por ejemplo tenemos la conciliación; y la heterocomposición que es cuando ya un tercero dirime el conflicto y adopta la decisión incluso a costa de los derechos de la otra parte, incluso utilizando medios o coaccionando, o con justicia o con el tema que trataremos hoy: las *medidas cautelares*. Cuando nos enfrentamos a este escenario tenemos dos tipos de Derecho: cuándo acudimos ante un escenario judicial, el primer momento es cuando nuestro derecho es incierto y buscamos mediante un proceso declarativo que el mismo se nos declare como cierto, puede ser un proceso verbal

o un proceso verbal sumario, un proceso de jurisdicción voluntaria, lo que yo busco de la autoridad judicial es un pronunciamiento frente a un derecho incierto, tenemos por ejemplo la investigación de paternidad, la impugnación de paternidad, el divorcio, la unión marital de hecho entre otros.

Pero, por otro lado, también yo acudo ante la autoridad judicial cuando tengo un derecho que es incierto e indiscutible, y me lo están vulnerando. Ejemplo de lo anterior es cuando celebro un contrato que puede ser *intuito personae*, donde yo puedo celebrar un mutuo civil, un mutuo comercial, puedo estar hablando de un contrato de arrendamiento o de una obligación contenida en un título valor. En estos casos mi derecho es cierto, yo no busco de la autoridad judicial que lo declare, sino que mediante la fuerza o mediante algún tipo de medida o instrumento, que es el que hoy traemos a colación, obligue a la otra parte o me garantice el cumplimiento de una futura o eventual sentencia judicial.

De manera que estos son los antecedentes para llegar a un escenario en el cual yo como parte afectada, porque tengo un derecho cierto e indiscutible que está siendo vulnerado, tengo que acudir a la jurisdicción para que, ya sea un proceso declarativo o un proceso ejecutivo, me declare mi derecho, o me garantice su cumplimiento.

Contamos con fundamentos constitucionales como el artículo 228, el artículo 229 que nos dice que la autoridad judicial o cualquier autoridad administrativa investida de facultad de administrar justicia está en la capacidad de solicitar e imponer medidas cautelares, y esas medidas cautelares pueden ser preventivas, pueden ser para garantizar el cumplimiento de un derecho; y en el nuevo Código General del Proceso que es la ley 1564 de 2012, encontramos una definición o una distinción entre los diferentes tipos de medidas cautelares.

Existen las medidas cautelares nominadas y las innominadas que son las que trataremos hoy en cuanto su aplicación práctica en diferentes escenarios jurídicos.

¿Cuáles son las medidas cautelares nominadas e innominadas? Podemos encontrar medidas personales y medidas sobre derechos reales; las personales que recaen sobre aquellas personas que entran en un conflicto, y cuándo hablamos de ese conflicto, cuando el conflicto no se logra solucionar a través de mecanismos como la autocomposición, la conciliación y se convierte en una controversia jurídicamente materializable, que yo voy a llevar a un escenario judicial mediante un procedimiento, un proceso establecido, en busca de que me garanticen mis derechos; y cuando yo hablo de medidas cautelares sobre los bienes, sobre los derechos reales, es porque yo tengo la posibilidad de perseguir el patrimonio del otro para que me garantice el cumplimiento y es allí dónde podemos encontrar medidas cautelares tales como: artículo 590 del Código General del Proceso, la inscripción de la demanda y/o el secuestro. Incluso cuando hablamos de bienes muebles sujetos a registro tales como los automotores, frente a los cuales procede la captura, esta medida cautelar, presenta la primera dificultad que consiste en que como ustedes bien saben, al ser de conocimiento público, difundido a través de las noticias, en el momento en que se ordena el embargo de un automotor, se inscribe en su certificado, posteriormente previo requerir el secuestro se ordena la captura del mueble y es llevado a los parqueaderos que deberían ser judiciales porque allí es en donde surgen las inquietudes.

Uno de los casos es, por ejemplo, si yo lo entregué con mil kilómetros me lo están devolviendo con cinco mil; entonces por eso existe la figura del secuestro, para que se garantice cuál fue el uso que se le dió a ese bien, cuál fue la destinación, cuáles fueron los frutos que se percibieron, y no solamente de los bienes muebles sujetos a registro, tales como los automotores, sino que también me va a proceder frente a los inmuebles.

Entonces, yo tengo la garantía para pagar una deuda, de solicitar una medida cautelar en contra de mi deudor, ordenar el *embargo* que quiere decir sacar el bien del comercio, él ya no puede realizar ningún negocio tal como una compraventa, pero adicionalmente voy a solicitar el secuestro sobre ese inmueble, y a pedir que se garanticen mediante este auxiliar de la justicia que es el *secuestre*, que me pasen unos aportes sobre los frutos que se puedan percibir de ese bien; y allí, ya con esta explicación más amplia podemos tener un fundamento constitucional, artículo 29 de la constitución política, debido proceso, porque no es solamente solicitar la cautela y decir que yo tengo un derecho cierto y me lo deben reconocer, sino que se me debe garantizar un proceso como demandado, como deudor en el que yo pueda solicitar al Señor juez el levantamiento de la medida cautelar con el pago o con esta contraprestación, entre otras cosas.

Adicional a eso existen unas garantías y características propias de las medidas cautelares. En el momento de decretarlas se tiene que tener un juicio de proporcionalidad, de necesidad, por ejemplo si la deuda es de diez millones yo como juez estaría imposibilitado para decretar un embargo de diferentes muebles que me sumen mil millones de pesos, es desproporcional la medida a lo que se espera en la sentencia.

Este es un ejemplo amplio de cómo funcionan las medidas cautelares, porqué son nominadas, dónde está la nominación, porque las encontramos enlistadas en los diferentes ordenamientos, y es así como la ley 1437 de 2011 nos enuncia en el artículo 232 cuales son esas medidas que pueden proceder frente a cautela contra el Estado, por ejemplo. Adicionalmente encontramos en el ordenamiento penal diferentes escenarios que evidencian cuando puedo solicitar como una medida personal la medida preventiva de privación de la libertad, porque esa persona puede colocar en riesgo a la sociedad; y en derecho privado artículo 590 del Código

General y 598, cuando hablamos de procesos de familia, y aquí se torna un poco más interesante, que son los casos que día a día nosotros podemos observar en nuestros diferentes medios de comunicación, el más recurrente, la violencia intrafamiliar.

El Código General del Proceso que es una ley del 2012, en el artículo 598 ya nos dice que para los procesos de divorcio, separación de bienes, regulación de alimentos, uniones maritales, cuando se evidencia violencia intrafamiliar el juez está posibilitado para decretar, y brinda un listado de medidas procedentes. Pero allí en ese mismo artículo, incluso en el artículo 590 y en la ley 575 del 2000 que es la que habla de la violencia intrafamiliar en manos de autoridad administrativa tal como la Comisaría de Familia, también lo van a encontrar en propiedad intelectual, en competencia desleal que posibilita al juez para decretar cualquier otra medida que considere pertinente para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

Es importante tener en cuenta que si yo como demandante le estoy pidiendo al juez en mis pretensiones el pago de la suma de diez millones de pesos, él debe realizar un juicio de proporcionalidad y determinar si embargar por ejemplo una cuenta bancaria hasta el monto de diez millones de pesos es procedente, sin prejudicialidad, no quiere decir que el juez esté diciendo desde el inicio que esa sea la suma de dinero que se deba, lo que está haciendo es precaviendo lo que futura o eventualmente pueda llegar a acontecer. Decreta la medida cautelar y garantiza el cumplimiento de ese pacto.

Otra medida cautelar personal se da cuando yo, como parte, siento vulnerados mis derechos y solicito al señor juez que decrete que mi pareja salga provisionalmente del domicilio común y conyugal, mientras

se tramita el proceso de divorcio por la causal de actos de agresión, consumo habitual de sustancias y/o comportamiento incorrecto contra la pareja (algunas de las causales que se tienen como causal sanción para el matrimonio), y con esto estamos precaviendo que pueda generarse una situación más gravosa para las partes; y se está garantizando su dignidad humana e incluso la vida.

Pero también vamos a encontrar un tercer escenario, y puede ser una situación futura o eventual en la cual no sabemos cómo van a surgir las cosas, y es allí donde aparecen las *medidas cautelares innominadas*, por ejemplo, en el proceso de entrega del tradente al adquirente donde ya se efectuó un negocio de compraventa y sólo hace falta la entrega real de la cosa. Pensemos que se hizo una compra venta frente a una finca que tenía una cosecha de 15 hectáreas de café, y en ese proceso de entrega real del tradente al adquirente yo quiero que el señor juez decrete una medida cautelar innominada, porque no está dentro de las establecidas en la Norma, me la invento yo para garantizar que está cosecha sea mía, que los frutos que se perciban lleguen a mis manos y no queden en manos del comprador. La pregunta que surge es la siguiente ¿existe en el Código General algún artículo que lo permita? no existe.

Y si cambiamos radicalmente de tema y nos vamos a la violencia intrafamiliar, podemos decir que hace poco en Colombia, tuvimos la desafortunada noticia de una señora que había tramitado su medida de protección en la comisaría de familia de su domicilio, es decir, estamos hablando de una situación que era de conocimiento de la autoridad competente, en la que su ex pareja estaba realizando actos de agresión físicos, verbales, de hostigamiento contra ella. Sin embargo, al analizar la norma o cuáles son las medidas que establece la Ley 575 del 2000 en el artículo número 2, que modifica la Ley 246 del 96, nos dice que si ustedes son víctimas tienen que acudir a la comisaría de su localidad y

allí dentro de las medidas preventivas se le va a dar orden a la policía para que le garantice su vida, su integridad personal en caso de que usted lo requiera.

¿Qué pasa con esta señora?, como la norma imposibilita a la autoridad judicial salir de su territorio, es decir ella tiene la medida de protección en su localidad, pero cuando sale a realizar cualquier otra actividad como su trabajo, que es la noticia del caso que traigo a colación, pues queda totalmente desprotegida.

¿Cuál es el resultado de esta situación? pues que su presuntamente victimario hasta este momento puede llegar a causarle un daño a su integridad, y en este caso incluso causarle la muerte porque estaba desprotegida, y no es que las leyes no sean eficientes, es que desde el Derecho tenemos que encontrarle una aplicación práctica, y no solamente en un escenario judicial; cualquier entidad administrativa que ejerza funciones jurisdiccionales, está en el deber de aplicarlas. En el caso de la señora en mención, pese a contar con su medida cautelar, fallece, en el lugar de su trabajo, no en el de su domicilio, en un ámbito donde se encontraba completamente desprotegida.

¿Qué se pudo hacer? solicitar una medida cautelar innominada, porque no está en la norma, para garantizar la integridad y la vida de esta persona en cualquier escenario que se encuentre frente al acompañamiento de la policía. Desafortunadamente no se hizo y ese fue el desenlace, pero la norma ya lo establecía.

¿Cuáles son las instancias, o los elementos o los presupuestos universales que se deben evaluar para una medida cautelar? La respuesta incluye algunos términos que a ustedes les pueden causar curiosidad. primero el

Fumus bonis iuris, el humo del buen Derecho, qué quiere decir, que cuando ustedes soliciten una medida cautelar, esta se encuentra sustentada en las pruebas legal y debidamente aportadas, garantizando de esta manera el derecho de acción. Con esas pruebas usted le está demostrando al juez el contrato, la relación, la denuncia, el trámite de la medida de protección, para que él pueda incluso continuar con las medidas o decretar unas nuevas que considere pertinentes.

El segundo, *periculum in mora*, el peligro en la demora, y qué nos dice, como administración de Justicia, como autoridad judicial, usted debe precaver que desde el momento en que se interpone la demanda, la querrela, la denuncia, van a acontecer más situaciones, hasta el momento en que se emita una decisión, pues las partes van a continuar con el conflicto, con la controversia. El objeto sigue siendo de discusión, tiene que garantizar, y allí vienen las medidas provisionales, mientras se adopta la decisión final en la sentencia, se ordena la residencia separada, se ordena una medida cautelar provisional para garantizar los derechos mínimos de un niño, niña o adolescente.

Adicional a esto encontramos el término *periculum in damni* que significa el peligro del daño. En qué consiste ese *periculum in damni*, pues que usted como autoridad judicial, como ente administrativo tiene también que precaver cuáles son los posibles daños que se puedan precaver con esta medida cautelar, y ahí viene el juicio de proporcionalidad, yo no me puedo inventar más medidas cautelares de las que me van a garantizar el cumplimiento del derecho alegado.

Cuarto, *suspectio debitoris*, sospecha del deudor, que ha sido objeto de discusión de tratadistas internacionales; por ejemplo, recuerdo que el doctor Jordi Fenoll dijo, hace tres años, en un en un debate de derecho

procesal: "...es discutible que ustedes dentro de su ordenamiento contemplen que una medida cautelar se puede decretar porque ustedes sospechan que la persona no va a pagar...", y en eso consiste este cuarto punto. Entonces, yo podría decretar la medida cautelar porque la conducta desplegada del demandado en otros escenarios judiciales o administrativos es que no ha cumplido, Jordi Fenoll cuestiona en dónde dejan el presupuesto de la buena fe, la *bona fides* de la otra parte. Cómo piensan reconstruir una relación señalándole desde el principio que ustedes no confían y es una razón para señalar una medida cautelar.

Y el último presupuesto, la *contracautela*. ¿En qué consiste la *contracautela*? la encuentran en la medida cautelar de la inscripción de la demanda, y también en la medida *cautelar innominada*. Si usted va a solicitar una medida cautelar de inscripción de demanda que ya sabemos que no saca el bien del comercio, solamente le da una noticia a las otras partes, a los terceros, que si realizan un negocio jurídico frente a ese bien tienen que atenerse a lo que diga la sentencia del proceso y frente a cualquier medida innominada. Un ejemplo de o anteriore es que en un evento futuro, yo sé que ese señor es contratista y va a recibir un contrato en diciembre, así que se le pide al señor juez que ordene el embargo de lo que pueda llegar a percibir.

Para poder solicitar este tipo de medidas cautelares sobre las cosechas o una que garantice mi seguridad, de protección, o garantía de la Policía Nacional, ni siquiera local o de circuito donde yo me encuentre; según la *contracautela*, usted debe cancelar hasta el 20% de sus pretensiones en lo que se denomina una caución, o una póliza, y una vez usted lo haga podrá inscribir su demanda y puede llegar a decretar su medida cautelar innominada. Puede ser un porcentaje mayor o menor, pero va a oscilar en el 20% de las pretensiones.

¿Cuáles son las conclusiones? en muchos escenarios podemos encontrar la medida práctica de las *cautelae innominadas*, en qué va, en su creatividad y en que no se encuentren consagradas en la norma, cualquier medida que le permita garantizar el cumplimiento que se está debatiendo o los derechos de las personas que están en el litigio proceden, y usted debe cumplir con el Derecho y la garantía de las partes de solicitarla a la autoridad competente. Procede en el derecho civil, procede en el derecho de familia, procede en el derecho penal, administrativo, incluso mucho antes de que se expidiera el Código General del Proceso ya encontrábamos disposiciones de propiedad intelectual, de competencia desleal, donde se le posibilita al juez solicitar cualquier medida que él encontrara procedente para garantizar estos derechos. Esta ha sido mi intervención de hoy, con gusto les dejo las referencias.

